Zeitschrift für Rechtspflege in Bayern

Herausgegeben von
Th. von der Pfordten
K. Landgerichtsrat im K. Bayer.
Staatsministerium der Justiz.

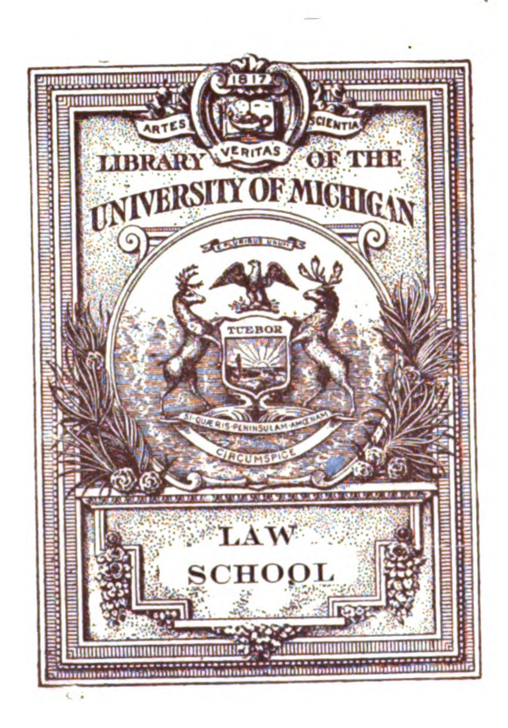
Verlag von
J. Schweitzer Verlag
(Arthur Sellier)
in **München**, Lenbachplatz 1.





3. Jahrgang
1907




1817
ARTES
VERITAS
SCIENTIA
LIBRARY OF THE
UNIVERSITY OF MICHIGAN
TUEBOR
SI QUÆRIS PENINSULAM AMŒNAM
CIRCUMSPICE
LAW
SCHOOL



Zeitschrift für Rechtspflege

in Bayern

Herausgegeben von

Th. von der Pfordten

Kgl. Landgerichtsrat, verw. im Kgl. Bayer. Staatsministerium der Justiz.

III. Jahrgang 1907.

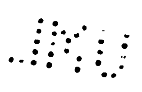


München 1907.

J. Schweitzer Verlag (Arthur Sellier).



Druck: Dr. F P. Datterer & Cie., Freising



Inhaltsverzeichnis zum Register.

I. Systematisches Verzeichnis.

A. Abhandlungen.

B. Mitteilungen aus der Praxis.

C. Praxis der Gerichte.

D. Notizen.

E. Sonderbeilagen.

II. Alphabetisches Verzeichnis.

III. Verzeichnis der Gesetzesstellen.

IV. Verzeichnis der Mitarbeiter.

V. Besprochene Bücher und Zeitschriften.

I. Systematisches Verzeichnis.

(Die Zahlen bedeuten die Seiten.)

A. Abhandlungen.

1. Bürgerliches Recht.

a) Reichsrecht.

b) Landesrecht.

2. Gewerberecht. Urheberrecht u. dgl.

3. Zivilprozeß.

4. Zwangsversteigerung.

5. Freiwillige Gerichtsbarkeit.

6. Strafrecht.

7. Strafprozeß.

8. Gebührenwesen.

9. Justizverwaltung.

10. Polizeirecht. Kirchenrecht.

11. Allgemeine juristische und rechtspolitische Gegenstände.

B. Mitteilungen aus der Praxis.

1. Bürgerliches Recht.

a) Reichsrecht.

b) Landesrecht.

2. Zivilprozeß.

3. Zwangsversteigerung.

4. Freiwillige Gerichtsbarkeit. Grundbuchwesen.

5. Versicherungsrecht.

6. Gebührenwesen.

7. Strafrecht.

8. Strafprozeß.

9. Justizverwaltung. Verwaltung.

10. Volkswirtschaft.

C. Praxis der Gerichte.

RG. bedeutet Reichsgericht, ObLG. = Oberstes Landesgericht, OLG. = Oberlandesgericht, LG. = Landgericht, VGH. = Verwaltungsgerichtshof.

1. Bürgerliches Recht.

A. Reichsrecht.

a) Allgemeine Lehren.

b) Recht der Schuldverhältnisse.

1. Allgemeine Lehren.

2. Einzelne Schuldverhältnisse.

c) Sachenrecht.

d) Familienrecht.

e) Erbrecht.

2. Handels- und Wechselrecht.

3. Urheberrecht u. dgl.

4. Genossenschaftsrecht. Gewerberecht. Versicherungsrecht. Haftpflichtrecht.

5. Zivilprozeß.

6. Konkursverfahren. Anfechtungsrecht.

7. Zwangsversteigerung.

8. Freiwillige Gerichtsbarkeit.

9. Grundbuchwesen.

10. Gerichtskosten. Gebühren.

II. Strafrecht.

A. Reichsrecht.

a) Strafgesetzbuch.

b) Nebengesetze.

B. Landesrecht.

12. Strafprozeß.

13. Verwaltung.



D. Notizen.

1. Bürgerliches Recht.

2. Urheberrecht.

3. Gewerberecht.

4. Zivilprozeß. Zwangsversteigerung.

5. Gebührenwesen.

6. Strafrecht. Strafprozeß.

7. Justizverwaltung.

8. Verwaltung.

9. Handel. Verkehr.

10. Sprache.

11. Statistik.

E. Sonderbeilagen.

II. Alphabetisches Verzeichnis.

(Die Zahlen bedeuten die Seiten.)

A.

D.

E.

F.



G.



H.

I (i).

J (j).

K.



L.

M.

T.

U.

III. Verzeichnis der Gesetzesstellen.

(Die **fetten** Zahlen bedeuten die Paragraphen oder Artikel, die kleinen die Seiten).

A. Reichsgesetze.

1. Bürgerliches Gesetzbuch.

2. Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch.

3. Handelsgesetzbuch.

4. Wechselordnung.

5. Genossenschaftsgesetz.

6. Gesetz betr. die Gesellschaften m. b. H.

7. Gesetz zum Schutze der Warenbezeichnungen.

8. Gesetz betr. den Schutz der Gebrauchsmuster.

9. Gesetz betr. das Urheberrecht an Mustern und Modellen.

10. Gesetz betr. das Urheberrecht an Werken der Literatur und Tonkunst.

11. Gesetz betr. das Urheberrecht an Werken der bildenden Künste und der Photographie (vom 9. Januar 1907).

12. Gesetz über den unlauteren Wettbewerb.

13. Gesetz betr. die Abzahlungsgeschäfte.

14. Binnenschiffahrtsgesetz.

15. Gewerbeordnung.

16. Haftpflichtgesetz.

17. Gewerbe-Unfallversicherungsgesetz.

18. Krankenversicherungsgesetz.

19. Invalidenversicherungsgesetz.

20. Hilfskassengesetz.

21. Personenstandsgesetz.

22. Gerichtsverfassungsgesetz.

23. Einführungsgesetz zum Gerichtsverfassungsgesetz.

24. Zivilprozeßordnung.

25. Gesetz über die Kaufmannsgerichte.

26. Konkursordnung.

27. Anfechtungsgesetz.

28. Zwangsversteigerungsgesetz.

29. Gerichtskostengesetz.

30. Gebührenordnung für Zeugen und Sachverständige.

31. Gebührenordnung für Rechtsanwälte.

32. Rechtsanwaltsordnung.

33. Gesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit.

34. Grundbuchordnung.

35. Strafgesetzbuch.

36. Einführungsgesetze zum Strafgesetzbuch.

37. Preßgesetz.

38. Nahrungsmittelgesetz.

39. Weingesetz.

40. Stempelgesetz.

41. Gesetz betr. die Schlachtvieh- und Fleischbeschau.

42. Strafprozeßordnung.

43. Einführungsgesetz zur Strafprozeßordnung.

44. Gesetz betr. die Entschädigung für unschuldig erlittene Untersuchungshaft.

45. Militärstrafgerichtsordnung.

46. Naturalleistungsgesetz.

B. Landesgesetze.

1. Ausführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch.

2. Gesetz, Uebergangsvorschriften betr.

3. Ausführungsgesetz zur Zivilprozeßordnung und Konkursordnung (ältere Fassung).

C. Ausländische Gesetze.

Code civil.

D. Anhang. Einzelne wichtige Verordnungen und Dienstesvorschriften.

1. Dienstanweisung für die Grundbuchämter.

2. Hinterlegungsordnung.

3. Dienst- und Hausordnung für die Gerichtsgefängnisse.

4. Verordnung die Gebühren für ärztliche Dienstleistungen bei Behörden betr.

IV. Verzeichnis der Mitarbeiter.

(Hier sind nur Mitarbeiter berücksichtigt, die sich durch Einsendung von Abhandlungen und Mitteilungen aus der Praxis beteiligt haben.)

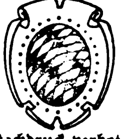
V. Besprochene Bücher und Zeitschriften.

Nr. 1. München, den 1. Januar 1907. 3. Jahrg.

Zeitschrift für Rechtspflege in Bayern

Herausgegeben von
Th. von der Pfordten
K. Landgerichtsrat, verw. im K. Bayer. Staatsministerium der Justiz.

Verlag von
J. Schweitzer Verlag
(Arthur Sellier)
in **München**, Lenbachplatz 1.



Die Zeitschrift erscheint am 1. und 15. jeden Monats im Umfange von mindestens 2 Bogen. Preis vierteljährlich Mk. 3.—. Bestellungen übernimmt jede Buchhandlung und Postanstalt (Postzeitungsliste für Bayern Nr. 974a).

Redaktion und Expedition: München, Lenbachplatz 1. Insertionsgebühr 30 Pfg. für die halbgespaltene Petitzeile oder deren Raum. Bei Wiederholungen Rabatt. Stellenanzeigen 20 Pfg. Beilagen nach Uebereinkunft.

Die Formen der Anfechtung eines Prozeßvergleichs.

Von **Dr. Richard Schmidt,**
Geheimer Hofrat, Universitätsprofessor in Freiburg.

Seit einiger Zeit hat sich auf diese Blätter der Streit um die Frage ausgedehnt, wie zu verfahren sei, wenn ein im Laufe des Prozesses abgeschlossener Vergleich von einer Partei als unwirksam wieder aus der Welt geschafft werden soll.[1]) Die Frage ist im deutschen Rechtsleben noch eine offene. Weder Literatur noch Praxis haben sich darüber einigen können. Einerseits zeigt die vergleichsmäßige Erledigung eines streitigen Rechtsverhältnisses eine gewisse Verwandtschaft mit der Urteilserledigung. Dies weist auf die Folgerung, daß mit dem formalen Akt des Vergleichsschlusses vor Gericht der Prozeß endgültig abgetan, eine Anfechtung des Vergleichs also nur mittels Einleitung eines *neuen* Prozesses möglich sei.[2]) Aber anderseits ist nicht minder unleugbar, daß der Prozeß im Falle eines Vergleichs die normale, seinem eigentlichen Wesen allein entsprechende Erledigung durch staatlichen Ausspruch noch nicht gefunden hat. Diese Erwägung deutet also auf das Umgekehrte, daß ein solcher Prozeß, als ob er trotz des Vergleichs noch schwebte, von jeder der Parteien durch einfache Ladung zu neuem Termin weiterbetrieben werden und zu dem Nachweis verwendet werden kann, der Vergleich sei wegen Irrtums oder aus anderen Gründen unwirksam; der Prozeß bedürfe also nach wie vor eines Urteils.[3]) Bei solchen Annahmen hätte also die Vergleichsanfechtung im Rahmen des *ursprünglichen* Prozesses zu erfolgen.

[1]) Vgl. Lunglmayr in dieser Zeitschrift II (1906) Nr. 14 S. 290. Horchler, ebenda Nr. 18 S. 357.

[2]) So das Reichsgericht in der Entsch. JW. 1895 S. 359. **Kretzschmar**, Der Vergleich im Prozesse 1896 S. 91, 92. **Paul**, Der Vergleich im Zivilprozeß 1898 S. 23 und wohl auch Petersen-Anger zu § 795 Nr. 1 lit c.

[3]) So die Entsch. des RG. v. 12. Juli 1905 (Seuff. Arch. Bd. 61 Nr. 94) Ebenso Gaupp-Stein, Seuffert zu § 792 Nr. 1, 2 ZPO., auch die beiden obengen. Abh. in dieser Zeitschrift.

Die richtige Lösung ist wohl weder durch die eine noch durch die andere Alternative erschöpfend bezeichnet. Sie muß vielmehr in der Einsicht gefunden werden, daß die Anfechtung im Wege neuer Klage und die Anfechtung innerhalb des bisherigen Prozesses in Wahrheit einander gar nicht ausschließen. Es ist *sowohl die eine, wie die andere möglich*, nur freilich nicht in jedem Einzelfall, sondern je nach Maßgabe der Bedeutung, die dem anzufechtenden Vergleich zukommt.[1])

Die bisherige Lehre ist zu ihrer Fragestellung vor allem deshalb gelangt, weil sie bei ihrer Untersuchung der Vergleichsnatur die Frage in den Vordergrund rückte, ob der Prozeßvergleich nur eine Abart des privatrechtlichen Vergleichsgeschäfts im Sinne des § 779 BGB. oder ein Prozeßrechtsgeschäft eigener Art sei. Dieser Teil des Streits kann aber jetzt eigentlich als erledigt gelten. Der prozeßbeendigende Vergleich kann wohl als ein Rechtsgeschäft nach Analogie des Privatrechtsvergleichs, dagegen nicht als ein bloßer Spezialfall desselben anerkannt werden. Denn dem Vergleich im Sinne des Zivilrechts ist wesentlich, daß er der Ungewißheit über ein materielles Rechtsverhältnis oder der Unsicherheit der Verwirklichung eines Anspruchs (§ 779,2) durch gegenseitiges Nachgeben ein Ende macht. Erfahrungsgemäß sind aber Prozeßvergleiche denkbar, wo das ursprünglich streitige Rechtsverhältnis schon erledigt, z. B. erfüllt worden oder erfüllungsunfähig geworden ist,[2]) oder wo das materielle Rechtsver-

[1]) Darüber, daß bereits Kohler, Ztschr. f. ZP. Bd. 29 S. 46 ff., eine ähnliche Lösung vorgeschlagen, vgl. u. a. S. 4 Anm. 3.

[2]) So in dem landläufigen Fall, daß der Beklagte den Kläger nach der Klagerhebung schon befriedigt hat, aber der Streit, ob der Beklagte zu der Klage Anlaß gegeben (§ 93), durch einen Vergleich über die Kosten abgeschnitten wird. Das gleiche bestätigen solche Fälle, wo zwar im Vergleich das materielle Rechtsverhältnis geordnet wird, aber nicht durch *gegenseitiges Nachgeben*, wo sich vielmehr die wechselseitige Nachgiebigkeit nur auf prozessuale Vorteile erstreckt, z. B. wenn der Beklagte den Anspruch voll anerkennt und die Kosten übernimmt, der Kläger aber von Erlaß eines Anerkenntnis*urteils* Abstand nimmt (vgl. Seuffert zu § 794 Nr. 2 lit. a).

hältnis der Festsetzung gar nicht mehr bedarf.[1]) Wesentlich ist also dem Prozeßvergleich nicht die Wirkung, eine neue Grundlage für die privatrechtliche Beziehung der Parteien zu schaffen, sondern nur die Wirkung, anstatt des Urteils eine Grundlage für den prozessualen Streit der Parteien vorzukehren.[2]) Ob sich das Prozeßrecht noch weiter vom Privatrecht emanzipiert hat, kann hier dahingestellt bleiben. Dies wäre dann der Fall, wenn für den Prozeßvergleich auch das Moment wechselseitigen Nachgebens keine Rolle mehr spielen würde, wenn als Vergleich jede auf endgültige Streiterledigung gerichtete zweiseitige Willenserklärung zu betrachten wäre.[3]) Für eine so formale Auffassung des Vergleichs besteht vorläufig kein Bedürfnis.[4]) Bis auf weiteres muß nach einem fest eingebürgerten Sprachgebrauch und mit Rücksicht darauf, daß der Prozeßvergleich dem Privatrechtsvergleich mindestens analog ist, daran festgehalten werden, daß auch für den Prozeßvergleich nicht nur das Motiv der rechtsgeschäftlichen Streiterledigung, sondern auch das Mittel derselben, das beiderseitige Nachgeben wesentlich ist.[5]) Auch die ebenfalls vom Zivilrecht abhängige Frage, **aus welchen Gründen** ein Prozeßvergleich anfechtbar werden kann, hat hier außer Betracht zu bleiben.[6])

Erkennt man jedoch, daß der Vergleich nicht bloß ein in den Prozeß verlegter privatrechtlicher Vertrag ist, so wird nun um so mehr von Bedeutung, daß in dem prozessualen Rechtsgeschäft des Vergleichs sich zwei verschiedene Willensdispositionen begegnen. Der Vergleich vor Gericht richtet sich einerseits auf die Beendigung des Prozesses. Insoweit wirkt er rechtsvernichtend auf das prozessuale Rechtsverhältnis, das durch die Klage ins Leben gerufen wird und die Erledigung des anhängigen Privatrechtsanspruchs durch **Urteil** zum Inhalt hat: er hebt die Verpflichtung des Prozeßgerichts auf, gegenüber den Parteien über die ihm vorgelegte Frage zu entscheiden. Anderseits richtet sich der Vergleich auf die Ermöglichung der Vollstreckung. Insoweit wirkt er rechtsbegründend. Er schafft einen **Vollstreckungstitel** und damit die Anwartschaft des Gläubigers auf den exekutiven Schutz der Vollstreckungsorgane. Regelmäßig treffen beide Funktionen des Vergleichs zusammen. Aber sie müssen um so schärfer gesondert werden, als sie bekanntlich nicht mit Notwendigkeit und nicht in allen Fällen zusammentreffen. Denn einmal sind gerichtliche Vergleiche denkbar, die ohne einen Rechtsstreit zu beendigen, nur einen Vollstreckungstitel ins Leben rufen, — die Vergleiche, die im Sühnetermin vor Erhebung der Klage, als zum Zweck der Abwendung eines Rechtsstreits geschlossen werden (§§ 510, 794, 2). Umgekehrt gibt es Vergleiche, die einen schwebenden Prozeß beendigen, ohne einen Vollstreckungstitel zu schaffen, z. B. die Vergleiche, durch die der Kläger auf den Klaganspruch verzichtet, nachdem bereits vorher der Beklagte einen Teil der Forderung freiwillig gezahlt hat, während die Kosten gegeneinander aufgehoben werden. Ja, alle Vergleiche sind in denjenigen Teilen der transaktionsmäßigen Abmachungen, in denen nicht eine bestimmte Leistung versprochen wird, also soweit sie sich gegen den Berechtigten richten, für die Vollstreckung belanglos wie das klagabweisende Urteil. Und doch sind sie auch insoweit streiterledigend.

Von dieser Unterscheidung hat die Kritik der Anfechtungsfrage auszugehen. Es zeigt sich nun, daß es nicht der richtige Weg ist, die Formen der Anfechtung eines Vergleichs mit allgemeiner Gültigkeit für alle Arten dieses Rechtsakts zu untersuchen. Sie können nur gesondert für die verschiedenen Erscheinungsformen des Vergleichs festgestellt werden.

---

[1]) Das materielle Rechtsverhältnis bedarf einer Regelung überall da nicht mehr, wo schon über den Bestand des Anspruchs (bejahend) entschieden ist und wo nur auf Erlaß des Vollstreckungsurteils (§ 723), auf Erteilung der Vollstreckungsklausel wegen Eintritts einer Bedingung oder einer Rechtsnachfolge (§ 731), auf Feststellung des besseren Rangs des Gläubigers gegenüber einem anderen Gläubiger im Verteilungsverfahren (§ 878) Klage erhoben ist. Es besteht kein Bedenken, daß auch in solchen „Anhangs“- oder „Nachtragsprozessen“, wie sie mit Richard Schmidts Lehrbuch der ZP. (2. Aufl. 1906) S. 308 u. a. genannt werden dürfen, Vergleiche geschlossen werden können.

[2]) Vgl. bes. Gaupp-Stein, Kommentar zu § 794 I 1 a. (4. Aufl. II, 506).

[3]) Diese Auffassung zunächst für Oesterreich neuerdings dargelegt von Rietsch, Der besondere Voraussetzungstatbestand beim Vergleich, 1906. Ebenso Kohler Ztschr. f. ZP. 29 (1901) S. 42.

[4]) Denn die Fälle, die Rietsch vorwiegend im Auge hat, nämlich die des uneingeschränkten Anerkenntnisses des Beklagten oder des uneingeschränkten Verzichtes des Klägers, sind in Wahrheit schon deswegen echte Vergleiche, weil der Gegner durch Fallenlassen des Urteilsantrags seine Nachgiebigkeit beweist (vgl. o. S. 1 Anm. 2). Die ängstliche Praxis, die in solchen Fällen zum Schein den Vergleichscharakter herzustellen suchte, indem sie den Gegner des anerkennenden Schuldners wenigstens „auf einen Pfennig“ verzichten ließ, war also unnötig und ungesund, wie Kohler a. a. O. S. 43 mit Recht betont; aber nicht weil der Begriff des Prozeßvergleichs ein weiterer ist, als im Zivilrecht, sondern weil dem Erfordernis, das für Zivilrecht und Prozeßrecht das gleiche ist, hier Genüge geschehen ist.

[5]) So auch gegen Rietsch: Behrend in Ztschr. f. ZP. § 6 (1906) S. 189. Er fällt nur in den im Text zurückgewiesenen Irrtum zurück, als ob dem Prozeßvergleich nicht nur Streiterledigung, sondern Rechtsfeststellung eigentümlich sei.

[6]) Insbesondere braucht hier nicht Stellung genommen zu werden zu der Frage, ob § 779, 1 BGB. (Anfechtbarkeit eines Vergleichs wegen jeden Irrtums im Motive, nicht nur wegen Täuschung) auf alle Prozeßvergleiche übertragen werden muß; — ebensowenig zu der Frage, ob ein Vergleich auch wegen Unkenntnis des **Rechtssatzes**, mit dessen Hilfe Ungewißheit des Anspruchs zu beseitigen gewesen wäre, angefochten werden kann, falls über die tatsächlichen Grundlagen des Anspruchs **kein** Irrtum bestand (dagegen RG. 1904 bei Gruchot 49, 106).

1. Wird der Vergleich als **Vollstreckungstitel** von der Partei angegriffen, die mit dessen Hilfe zu einer vollstreckbaren Leistung angehalten werden könnte, so ist der naturgemäße Angriffsweg die **Klage** des Schuldners. Eine solche wird allerdings von der ZPO. ausdrücklich nur in § 795 für die Fälle zur Verfügung gestellt, wo gemäß § 767 gegenüber einem Urteil die Vollstreckungsgegenklage anwendbar sein würde, also für die Fälle, wo der vollstreckbare Anspruch nachträglich wieder durch Zahlung, Verjährung, Erlaß erlischt oder vermöge eines Gegenrechtes aufhebungsfähig, z. B. aufrechnungsfähig wird. Nun kann jedoch die Vollstreckungsgegenklage auch die erweiterte Bedeutung einer negativen Feststellungsklage annehmen, die den vollstreckbaren Anspruch in allen seinen Beziehungen ergreift. Ohne alle Schranken erkennt dies § 797 da an, wo die Klage gegen eine vollstreckbare Urkunde gewährt wird, und mit letzterer ist der Vergleich als Vollstreckungstitel in der Tat am nächsten verwandt. Die Vollstreckbarkeit, die dem Dispositionsakte der Parteien in der Urkunde durch ausdrückliches pactum executivum beigelegt wird, erhält derselbe im Vergleich schon kraft Gesetzes. Allerdings besteht Einverständnis darüber, daß § 797, der dem Schuldner die Gegenklage gegen Exekutivurkunden aus jeder beliebigen Einwendung einräumt, für Vergleiche nicht mit bestimmt ist und auf sie nicht ohne weiteres angewendet werden kann.[1]) Denn der Vergleich absorbiert alle Einwendungen gegen den Anspruch, die dem vergleichschließenden Schuldner bekannt sind, vermöge seiner eigenartigen Funktion, für das Rechtsverhältnis der Beteiligten eine neue rechtsgeschäftliche Grundlage zu schaffen. Aber anderseits verlangt er doch eine weitergehende Wirkung der Vollstreckungsgegenklage, als sie gegenüber dem Urteil zulässig ist, insofern, als eben der Abschluß des Rechtsgeschäfts selbst an Mängeln leiden kann, die zur Anfechtung einen Grund geben. Der Schuldner kann also auch gegenüber einem Vergleich die Vollstreckungsgegenklage mit erweiterter Begründung, in Wahrheit als eine negative Feststellungsklage, erheben. Das ist um so weniger zu bestreiten, als gegenüber dem Vergleich im **Sühneverfahren** ein anderer Modus der Anfechtung gar nicht in Betracht kommen kann, da seinem Abschluß ein bereits anhängiger Prozeß überhaupt noch nicht vorausgegangen ist. Einen grundsätzlichen Unterschied zwischen dem Sühnevergleich vor dem Amtsrichter und dem prozeßbeendigenden Vergleich hat aber § 795 nicht aufgestellt. Somit unterliegt auch der letztere einer Anfechtung durch Klage.

2. Aus dem Dargelegten folgt nun jedoch keineswegs, daß der Vergleich **immer nur durch Klage** anfechtbar sei. Jede Partei kann in den Fällen des § 794_1, wo der Vergleich im schwebenden Prozeß zu dessen Beendigung abgeschlossen worden ist, auch das anhängige Verfahren benutzen, um die Unwirksamkeit des Vergleichsgeschäftes geltend zu machen und zu bewähren. Und soweit insbesondere im Vergleich keine vollstreckbaren Leistungen festgesetzt, sondern vom Gläubiger Rechte aufgegeben worden sind, ist diese Angriffsform die in erster Linie gegebene.

[1]) So übereinstimmend alle Kommentare zu § 797.

Allerdings bildet gerade diese Behauptung den hauptsächlichen Streitpunkt in der jetzigen literarischen Fehde. Es ist ihr entgegengehalten worden, daß der Vergleichsschluß als solcher, d. h. als formaler Prozeßakt die definitive Beendigung des Prozesses bewirke, daß er ein Surrogat des Urteils enthalte und deshalb wie dieses die Rechtshängigkeit beseitige. Das bisherige Prozeßgericht müsse deshalb schon von Amts wegen ein Eingehen auf neue Prozeßbetriebstätigkeit den Parteien versagen, z. B. einer Ladung des Anfechtenden zu neuem Termine keine Folge zu geben.

Aber in Wahrheit findet eine solche Formalwirkung des Vergleichs in nichts einen Anhalt.

Ganz unbezweifelbar ist zunächst, daß bisweilen der Vergleich selbst für den Weiterbetrieb des Prozesses Raum läßt, so vor allem dann, wenn die Parteien ihn von einer Bedingung abhängig machen. Sie kann als aufschiebende zugefügt werden, z. B. so, daß der Käufer einer Maschine, die er ursprünglich bemängelt hat, sich vergleichsweise gegen Herabsetzung des Preises zur Bezahlung desselben verpflichtet für den Fall, daß zuvor vom Verkäufer gewisse Verbesserungen an der Maschine vorgenommen wurden.[1]) Eine Bedingung kann ebenso als auflösende vereinbart werden, wie vor allem in den häufigen Fällen des Vorbehalts eines Widerrufs. In sämtlichen Fällen muß eventuell das Gericht nach dem Vergleichsschluß über Eintritt oder Nichteintritt der Bedingung verhandeln und entscheiden. Anders aber liegt der Fall auch nicht, wenn nachträglich die Unwirksamkeit des Vergleichs behauptet wird. Denn mit solcher Behauptung wird im Grunde nur geltend gemacht, daß **gesetzliche**, von Rechts wegen zu fordernde Bedingungen des Vergleichs versagt haben. Und auch hier wiederum lassen sich die Fälle der mehr oder minder **wesentlichen** Bedingungen der Vergleichsgültigkeit nicht sondern. Am klarsten ist die Rechtslage in den Fällen, wo hinterdrein Zweifel darüber entstehen, ob in dem protokollierten Vergleich eine Willenseinigung der Parteien durch Dissens vereitelt worden ist.[2]) Hier ist es

[1]) Lediglich ein Spezialfall eines suspensiv bedingten Vergleichs ist es, wenn die Parteien im Vergleich die Festsetzung des Betrags der zu zahlenden Summe einem Schiedsgutachter, arbitrator (vgl. Richard Schmidt, Lehrbuch, 2. Aufl. S. 152) überlassen (so im Fall Reichsgericht 1893 bei Bolze, Bd. 17 Nr. 725).

[2]) Vgl. die Entsch. des OLG. Karlsruhe vom 13. Oktober 1903 (Badische Rechtspraxis 1904 S. 50): Die Parteien schließen in der Berufungsinstanz zum Protokoll eines beauftragten Richters einen Vergleich, dem zufolge die Kosten teilweise vom Kläger übernommen werden sollen. Während der Niederschrift erklärt der

einfach selbstverständlich, daß die Frage, ob ein wirklicher Vergleich und nicht etwa ein bloßer Scheinvergleich vorliegt, nur vom Prozeßgericht im weiteren Verlauf des Verfahrens entschieden werden kann. Folglich kann in dem praktischen Hauptfall, daß zwar ein an sich gültiger Vergleich geschlossen wurde, daß er aber wegen Irrtums im Motiv, wegen Betrugs, wegen Zwangs angefochten werden soll, dem Prozeßgerichte das Recht nicht versagt werden, auch diese Anfechtungsgründe seiner Prüfung zu unterziehen.[1])

Hierzu kommt eine weitere Erwägung, die auf das gleiche Ergebnis führt. Wollte man dem Vergleich unter allen Umständen und ohne Rücksicht auf seine materiell verbindliche Kraft die weitergehende Wirkung beilegen, den Prozeß endgültig abzuschneiden, so würde der Vergleich damit eine Vorzugsstellung vor allen anderen Prozeßrechtsgeschäften erhalten. Schon das einseitige Anerkenntnis, der einseitige Verzicht äußern bekanntlich diese Wirkung nicht; sie bedürfen eines Urteils, das auf ihren Inhalt fußend den Anspruch anerkennt oder aberkennt, damit der Prozeß beendet werde. Aber auch andere zweiseitige Rechtsgeschäfte wirken nicht so intensiv. Innerlich wie formell steht dem Vergleich vor allem der Schiedsvertrag nahe, der, wie er, nur auf anderem Wege, das staatsgerichtliche Urteil zu umgehen bezweckt. Wird er während des schwebenden Prozesses geschlossen, so steht er der Fortsetzung des Prozesses entgegen. Aber ganz gewiß nicht in dem Sinn, daß alle weitere gerichtliche Tätigkeit von Rechts wegen versiecht. Jede Partei kann an und für sich neu laden und Verhandlung herbeiführen und dem Gegner steht einzig und allein die Berufung auf den Schiedsvertrag als prozeßhindernde Einrede zur Verfügung. Wird ihr gegenüber vom Ladenden die Unwirksamkeit des Kompromisses geltend gemacht, so hat das Gericht über sie zu entscheiden.[1]) Entsprechend kann sich nach Erklärung der Klagzurücknahme, die von der Einlassung des Beklagten an ebenfalls zweiseitig sein muß, ein Streit darüber erheben, ob die Klage gültig zurückgenommen worden ist; auch hier wird dies Gegenstand des weiteren Verfahrens und eines gerichtlichen Urteils innerhalb des anhängigen Verfahrens.[2]) Folglich ist nicht abzusehen, warum angesichts der zweifelhaften Wirksamkeit eines Vergleichs eine andere Behandlung eintreten soll. Der Vergleich unterscheidet sich im Hinblick auf das anhängige Verfahren von der Klagzurücknahme nur dadurch, daß er den Prozeß unter Ausschluß einer späteren Erneuerung beendigt wissen will. Er unterscheidet sich vom Kompromiß nur dadurch, daß er seine endgültige Erledigung nicht mehr von der Willenserklärung eines Dritten abhängig macht, sondern ausschließlich durch den Parteiwillen bewirkt. Aber alle diese Unterschiede sind nur quantitative. Sie bedeuten bloße Nuancen des sämtlichen Erscheinungen gemeinsam zugrunde liegenden Tatbestands, daß die Parteien die Aufhebung des Verfahrens unter Umgehung des Urteils vereinbaren. Ein Versuch, den Vergleich als etwas qualitativ besonderes dem Urteil gleichzustellen, würde das Zusammengehörige auseinanderreißen und Verschiedenartiges gewaltsam unter gleiche Grundsätze pressen.

So ergibt sich in der Tat, daß die Vergleichsanfechtung durch neue Klage und die Anfechtung im Lauf des schwebenden Prozesses zwei nebeneinander herlaufende Formen zur Beseitigung des Vergleiches darstellen. Nur bleibt als wesentliche Einschränkung zu berücksichtigen, daß das Gebiet der beiden Anfechtungs-Modi sich nur teilweise deckt und daß einerseits ein Gebiet ausschließlich für die Klageanfechtung frei bleibt — das des Sühnevergleichs — anderseits ein solches für die Anfechtung im Prozesse, — das der einen Verzicht enthaltenden Vergleichserklärungen des Berechtigten.[3])

Beklagte, er verstehe unter den Kosten auch die Lagerkosten für die Aufbewahrung der streitigen Papiere und fasse den Vergleich nur in diesem Sinne auf. Der Beklagte erachtet sich, da hierauf nicht Rücksicht genommen wird, durch den Vergleich nicht für gebunden. Er führt neue Verhandlung vor dem Berufungsgericht herbei. Hier wendet der Kläger ein, die Sache sei durch Vergleich erledigt. Das Berufungsgericht prüft aber die Rechtslage und verwirft diese Einrede.

[1]) Man kann z. B. vom Fall des Dissenses (vor Anm.) den Fall der falschen Bezeichnung des Vertragserfolgs nicht trennen, — etwa in folgendem Fall des LG. Freiburg 1906: Ein Geschäftsinhaber verweigert die Zahlung der Ladenmiete, weil der Vermieter die Räume angeblich nicht vertragsgemäß hergerichtet habe. Der Vermieter hält die Ladeneinrichtung zurück. Er klagt auf Zahlung des Mietzinses, der Beklagte erhebt Widerklage auf 1500 Mk. Schadensersatz wegen Nichteinräumung des Lokals und auf Herausgabe der zurückbehaltenen Sachen. Es kommt zum Vergleich, kraft dessen der Kläger den Zinsanspruch, der Beklagte den Ersatzanspruch fallen zu lassen erklären. Der Vergleich wird aber auf Zurücknahme der Klage gegen Zurücknahme der Widerklage protokolliert, so daß dem Wortlaut nach der Beklagte auch den Anspruch auf Herausgabe der Ladeneinrichtung fallen gelassen hätte, was er gar nicht beabsichtigt hatte.

Ohne Gründe anzugeben behauptet Kretzschmar, Vergleich im Prozesse 1896 S. 92, daß über die Nichtigkeit im selben Prozesse weiter zu verhandeln sei, über die Anfechtbarkeit aber das Gericht neue Terminsbestimmung zu versagen habe.

[1]) Diese Entscheidung ist die landläufige Entscheidung über das Dasein oder Nichtdasein einer Prozeßvoraussetzung, nur daß in dem unterstellten Fall nicht der Mangel einer Prozeßvoraussetzung von Anfang an, sondern der nachträgliche Wegfall einer Prozeßvoraussetzung im Laufe des Verfahrens behauptet wird. (Vgl. über diese Erscheinung im allgemeinen Richard Schmidt, Lehrbuch S. 685 f.).

[2]) Entsch. d. RG. vom 3. Juli 1896, JW. S. 411 und vom 18. Mai 1899, JW. S. 433. Gaupp-Stein 8./9. Aufl. zu § 271 II. 2. (I. S. 624).

[3]) Diese Entscheidung nähert sich also relativ am meisten der Haltung, die auch Kohler in der Ztschr. f. ZP. 29 S. 46 ff. einnimmt. Nur geht Kohler davon aus, daß grundsätzlich stets die Anfechtung durch neue Klage des Schuldners und die Anfechtung innerhalb

Ueber Schöffenwahlen.

Von Oberlandesgerichtsrat **Dr. Reinhard**, Amtsgerichts-Vorstand in Passau.

„Daß die Vorschriften über die Auswahl der Laienrichter von der allergrößten Wichtigkeit sind, muß jedem Einsichtigen klar sein; denn die Geschichte lehrt, daß die besten Staatseinrichtungen wertlos sind, wenn unfähige oder schlechte Männer sie verwalten". (Landg.-Dir. Rosenthal in Danzig, zum Streit über die Laiengerichte, Velhagen & Klasings Monatshefte, Oktober 1906, S. 257.)

Das deutsche GVG. hat bekanntlich die beste Gewähr für die Wahl solcher Männer, die eine tiefe und weite Einsicht in die für das Strafrecht bedeutungsvollen Verhältnisse des praktischen Lebens und die für das Amt eines Laienrichters erforderliche Sittlichkeit und Tüchtigkeit besitzen, darin erblickt, daß die Befähigung zum Schöffendienste auf einer möglichst breiten Grundlage freigegeben und insbesondere von einer Beschränkung durch einen Vermögens- oder Bildungszensus abgesehen worden ist.

Auf dem gleichen Standpunkte stehen die Ausführungsbestimmungen, so die Bayer. Vollzugsbekanntmachung vom 1. August 1880 und vom 2. Mai 1904.

Die Praxis ist aber dem, namentlich auf dem Lande, nicht durchweg gefolgt; es werden zu Schöffen fast ausschließlich die Grundbesitzer und selbständigen Gewerbetreibenden vorgeschlagen.

Die aktiven Staatsbeamten der verschiedenen Ressorts, die vermöge ihrer Bildungsstufe und sittlichen Tüchtigkeit gewiß mit das beste Material zum Schöffendienst liefern würden — man denke an die Lehrer der verschiedenen Bildungsanstalten und die zahlreichen technisch gebildeten Beamten, die im Verkehrswesen und staatlichen Betrieben aller Art angestellt sind — scheiden in Bayern aus der Reihe der Kandidaten ohnehin aus. Denn während im Deutschen Reiche und in anderen deutschen Staaten nur ein gar ganz kleiner Bruchteil der Staatsbeamten „jederzeit einstweilen in Ruhestand versetzt werden kann", können alle bayerischen pragmatischen Beamten jederzeit infolge einer administrativen Erwägung zeitweilig außer Dienst gesetzt werden.

Auch die Rechtsanwälte und Aerzte werden grundsätzlich von der Schöffenbank ferngehalten, was der Absicht des Gesetzes nicht entspricht. Ferner bleiben vielfach jene Personen außer Betracht, die als höhere Bedienstete (Betriebsbeamte) und Arbeiter in kaufmännischen, industriellen und gewerblichen Betrieben aller Art angestellt sind oder im land- und forstwirtschaftlichem Betriebe Dienste leisten, ohne „Dienstboten" zu sein.

Gerade diese Kategorien bilden nicht nur brauchbares, sondern bei entsprechender Auslese sogar mit das allerbeste Material für den Schöffendienst. Viele ihrer Angehörigen haben Mittelschulen besucht, bilden sich durch entsprechende Lektüre fort und sammeln im Geschäfte reiche Erfahrungen; sie kommen so zu besserem Unterscheidungsvermögen und sichererem Urteil als mancher landgesessene Mann, der auf einsamem Hause seine Schulbildung fast vergessen hat und das heutige Verkehrsleben in seinen Beziehungen zum Strafrecht nicht leicht erfaßt. Jene führt die Vielseitigkeit der Verhältnisse, die sie kennen lernen, zur gerechteren Abwägung der ihnen vorgelegten Tatsachen, diese die einseitige Lebensauffassung auch in Strafsachen leicht zu einem recht subjektiven Urteil. Es ist das ja allgemein, so insbesondere auch in dem eingangs erwähnten Aufsatz anerkannt.

Die höchste Entschließung vom 2. Mai 1904 hat den speziellen Zweck verfolgt, diese einseitige Bevorzugung gewisser Stände bei der Wahl zum Schöffendienste hintanzuhalten. Die Hintanhaltung liegt wegen des Wertes der Mitarbeit **aller** berufenen Kategorien im öffentlichen Interesse, sie ist daher den mit der Herstellung der Listen und der Vornahme der Schöffenwahlen betrauten Behörden zur **Amtspflicht** gemacht.

Demgemäß sind wohl auch seither allenthalben Ausschreiben und Verfügungen der den Bürgermeistern vorgesetzten Aemter sowie der Gerichte ergangen, und zwar nicht ohne Erfolg; denn, wie zu lesen war, haben in größeren Städten bereits im Vorjahre da und dort Arbeiter und Bedienstete zum Schöffenamte berufen werden können.

An kleineren Orten und auf dem Lande scheinen jene Verfügungen eine durchschlagende Wirkung nicht überall gehabt zu haben. Man darf es wohl als eine ziemlich allgemeine Erfahrung hinstellen, daß die von den Bürgermeistern hergestellten Urlisten in bezug auf Vollständigkeit den gesetzlichen Bestimmungen nicht immer entsprechen und daß mindestens der Gedanke bei ihrer Herstellung stark mitspielt, daß schöffenbar nur der grundangesessene Landwirt oder Gewerbetreibende ist. Wiewohl die Vertrauensmänner, Richter und Verwaltungsbeamten genau wissen, daß sich in der und jener Gemeinde zahlreiche oder doch einzelne Bedienstete oder Arbeiter in größeren landwirtschaftlichen oder gewerblichen Betrieben befinden, welche zum Schöffenamte befähigt sind, sucht man deren Namen vergebens in der Liste. Aber nicht nur das. Vielfach zeigt sich, daß die Listen überhaupt nur einen Bruchteil der berechtigten Männer enthalten. Vergleicht man die Urlisten einzelner Gemeinden aus verschiedenen Jahrgängen, etwa auf

---

des schwebenden Prozesses konkurrieren. Bei ihm bleibt unklar, daß diese Konkurrenz nur unter bestimmten Bedingungen eintritt, nämlich nur da, wo der Vergleich in concreto beide Funktionen, den Akt der Streiterledigung und den Vollstreckungstitel, verkörpert. In dem zuletzt besprochenen Hauptpunkt (Anfechtung des Vergleichs im gleichen Verfahren oder im neuen Prozesse) trifft diese Untersuchung auch mit den o. S. 1 Anm. 1 genannten Abhandlungen von Lunglmayr und Horchler zusammen.

zehn Jahre zurück, so kann man ein auffallendes Schwanken der Schlußziffern beobachten. Es ist ein Auf und Nieder, das mit dem allmählichen Anwachsen der Bevölkerung in den meisten Gemeinden, dementsprechend in der Regel auch die schöffenbaren Männer allmählich anwachsen mußten, nicht in Einklang zu bringen ist. Kommen doch des öfteren plötzliche Steigerungen um 30% vor, darauf wieder Rückgänge, so zwar, daß nach 5 bis 10 Jahren die Zahl der Vorgeschlagenen wieder gleich hoch ist. In manchen Gemeinden machen die Vorgeschlagenen weit über 10% der Einwohner aus, in anderen sinkt ihre Zahl auf wenige Prozent herunter. Gewiß wird eine Vorortsgemeinde in der Nähe einer größeren Stadt weniger schöffenbare Männer aufweisen, als eine reine Landgemeinde, weil sie eine mehr wechselnde Bevölkerung hat (GVG. § 33 Z. 2) und die Zahl der Armen (GVG. § 33 Z. 3) dort im Durchschnitt eine höhere zu sein pflegt. Aber so starke Differenzen, wie erwähnt, lassen sich dadurch nicht erklären, ganz abgesehen davon, daß solche auch in Gemeinden vorkommen, auf welche die erwähnten besonderen Verhältnisse nicht zutreffen.

Die Sache wird also tatsächlich so liegen, daß die Urlisten unvollständig sind, nicht ein Verzeichnis aller in der Gemeinde wohnenden wählbaren Männer bilden. Die Bevorzugung der grundangesessenen Bevölkerung erklärt sich manchmal daraus, daß der Gemeindeschreiber, in dessen Hand die Herstellung der Listen zu liegen pflegt, die Listen auf Grund des Verzeichnisses der Landtagswähler oder der Heimatberechtigten anfertigt. Ueberdies sind nach Ziff. XI letztem Abs. der MBek. vom 1. August 1880 nach Beendigung der Tätigkeit des Ausschusses die Urlisten alljährlich den Bürgermeistern zum Zwecke der Benützung bei Herstellung der Urlisten des nächsten Jahres zurückzugeben. Hierin liegt ein starker Anreiz, die neue Liste in der Weise herzustellen, daß aus der alten die Personen, welche als verstorben, verzogen, unfähig geworden bekannt sind, weggelassen und die übrigen rein mechanisch übertragen werden, hingegen eine Aufnahme der inzwischen durch Vorrücken im Alter und zweijährigen Aufenthalt in der Gemeinde schöffenbar gewordenen Personen gar nicht oder doch nur insoweit stattfindet, als die momentane Erinnerung des Verfassers der Liste gestattet. Es bleibt dann dabei, bis ein äußerer Anstoß, vielleicht die Wahrnehmung, daß die Schöffenzahl gar zu sehr zusammengeschmolzen ist, oder eine Erinnerung der Aufsichtsbehörde, einmal Anlaß zu einer gründlichen Ergänzung der Liste gibt, worauf dann wieder der neue Kreislauf sich fortsetzt.

Die Listen werden gemäß § 36 GVG. zur Einsicht aufgelegt und dies öffentlich — meist durch Anschlag an der Gemeindetafel — bekanntgemacht. Das Gesetz hat sich von dem Institut der Einsprache, die nach der herrschenden Ansicht jedermann zusteht, erhofft, daß die allenfalls den Urlisten anhaftenden Mängel der Unvollständigkeit und Unrichtigkeit sofort geheilt werden. Allein Einsprachen werden gegen die Mangelhaftigkeit der Listen fast niemals erhoben. Es ist ja bekannt, welche Unannehmlichkeiten es, wenn auch nicht gerade für die Schöffengerichte, aber doch für die Schwurgerichte, bildet, daß kranke Personen, die doch das größte Interesse an einer Einsprache hätten, solche unterlassen, und mit ihren Leiden erst bei der Einberufung zum Dienste herausrücken, während vorher nach dessen Natur (Neurasthenie, Herzschwäche, Brüche) und bei ihrem zurückgezogenen Leben niemand davon hat wissen können. Noch viel weniger besteht natürlich eine Geneigtheit, sich wegen Weglassung in der Liste der Einsprache zu bedienen. Gerade die gewerblichen und landwirtschaftlichen Bediensteten sind meist viel beschäftigt und drängen durchaus nicht zu dem Schöffendienste, der mit Verlust von Zeit und Geld verbunden ist und überdies den Schöffen noch in Ungelegenheiten bringen kann. Und gerade die Besten meiden es aus Bescheidenheit, Einsprache zu erheben.

Das Institut der Einsprache erweist sich nicht als ausreichend, um die etwaigen Mängel der Urlisten zu beseitigen.

Nach Ablauf der Einspruchsfrist werden die Urlisten dem Amtsrichter vorgelegt. Die Vorlegung soll bis zum 1. September erfolgen — nicht immer wird diese Frist eingehalten — und in der zweiten Hälfte desselben Monats ist die Ausschußsitzung abzuhalten. Der Amtsrichter hat die Beachtung der Vorschriften des § 36 Abs. 2 GVG. zu prüfen und die Abstellung etwaiger Mängel zu veranlassen. Daß er auf die Herstellung der Richtigkeit und Vollständigkeit der Liste hinzuwirken hätte, ist so allgemein nirgends vorgeschrieben und auch in der kurzen Zeit nicht durchführbar. Die Gemeindeschreiber pflegen nicht so rasch zu arbeiten; eine Rückgabe der Liste zur Ergänzung wird leicht zur Folge haben, daß die Zusammenstellung der Urlisten (Bek. vom 1. August 1880 XI) nicht mehr rechtzeitig fertig wird.

Der Ausschuß, welcher nun zusammentritt, ist allerdings in seinen Entschlüssen von der Urliste unabhängig. Es heißt zwar im § 42 GVG., daß der Ausschuß die erforderliche Zahl von Schöffen „aus der berichtigten Urliste“ wählt; es ist das aber nach der herrschenden Ansicht nicht so zu verstehen, daß er hierbei nur die Liste selbst und die von ihm verbeschiedenen Einsprachen zu berücksichtigen hätte, sondern er darf auch von Amts wegen Berichtigungen der Urliste vornehmen, insbesondere in diese auch solche Personen noch aufnehmen, welche mit Unrecht ausgelassen sind (vergl. Löwe, Komm. z. GVG. 11. Aufl. § 42 Note 1 und die dortigen Zitate).

In der Tat kommt es vor, daß von den Mitgliedern des Ausschusses vermöge ihrer Personalkenntnis Männer vorgeschlagen werden, die zu Schöffen geeignet scheinen, aber nicht in den Listen stehen. Wo die nötigen Personalien (Staatsangehörigkeit, Alter, Dauer des jetzigen Wohnsitzes) feststehen oder sofort erhoben werden können, sind diese Vorschläge ohne Bedenken. Häufig ist das aber nicht der Fall, und der betreffende Vertrauensmann über die Voraussetzungen der Wählbarkeit seines Kandidaten unsicher unterrichtet, insbesondere auch über dessen Gesundheit; er hat den Mann vielleicht schon monatelang nicht gesehen und er ist unterdes körperlich oder geistig sehr zurückgegangen. Abgesehen von der Gefahr, daß durch diese Benennungen die Liste nicht verbessert wird, entspricht es wohl nicht ganz dem Geiste des Gesetzes, daß auf diese Art einzelne Personen noch Aufnahme finden, weil sich zufällig ein Vertrauensmann ihrer erinnert, während eine Menge anderer, die sich dieses Vorzuges nicht erfreuen, unberücksichtigt bleiben.

Das Ergebnis entspricht hiernach nicht durchaus den Absichten des Gesetzgebers.

Die Frage ist, wie ohne grundsätzliche Aenderungen doch in der Praxis eine bessere Verteilung des Schöffendienstes stattfinden könnte.

Ein öfter versuchtes Mittel hierzu bilden allgemeine Ausschreiben der Aufsichtsbehörden, durch welche auf den Inhalt der gesetzlichen Vorschriften hingewiesen und deren Einhaltung eingeschärft wird. Ihr Erfolg ist wohl häufig kein gar großer, weil knappe Anweisungen dieser Art des öfteren nicht verstanden, umfangreichere aber nicht ausreichend gelesen werden. Wie es so geht, ist im Momente der Abfassung der Liste die Ausschreibung nicht zur Hand, es ist Eile nötig oder der Gemeindeschreiber hat inzwischen gewechselt, kennt die Ausschreibung nicht und so bleibt alles beim Alten.

Mehr Erfolg wird es versprechen, wenn die Urlisten der einzelnen Gemeinden vor der Ausschußsitzung einer Prüfung auf ihre Richtigkeit und Vollständigkeit unterzogen werden und durch Schriftwechsel oder noch besser mündlich eine Hebung der Mängel allmählich herbeigeführt wird.

Der Amtsrichter ist sehr wohl in der Lage, durch Vergleichung der Abschlußziffern der älteren Urlistenverzeichnisse, durch Einsicht der Grundbücher und Handelsregister, durch Befragung von Vertrauensmännern, der Inhaber von Geschäften mit einer großen Anzahl von Bediensteten und Arbeitern, wenigstens annähernd festzustellen, ob eine Urliste wesentliche Mängel hat oder nicht. Er wird sich persönlich oder durch Mittelspersonen mit deren Verfertiger ins Benehmen setzen, den Mängeln nachgehen und ihre Beseitigung erwirken können.

Dazu ist aber in rechtlicher Beziehung erforderlich, daß er zu derartigen Erhebungen zuständig ist und in tatsächlicher Beziehung, daß er die nötige Zeit dazu hat. Die Zuständigkeit wird durch den Wortlaut des § 39 GVG. nicht ausgeschlossen. Die Bek. vom 1. Aug. 1880 nimmt sie offenbar als gegeben an. Denn wenn sie vorschreibt, daß der Amtsrichter alle zur Beurteilung der Fähigkeit und Brauchbarkeit für den Schöffendienst etwa notwendigen und zweckmäßigen Ergänzungen erholen, insbesondere die Strafliſten einsehen soll, so faßt sie seine Amtspflicht entschieden weiter als die rein formale Tätigkeit nach § 39 GVG. Die Bek. geht eben von der auch in der Theorie zur Herrschaft gelangten eingangs hervorgehobenen Ansicht aus, daß Unrichtigkeiten der Urliste von Amts wegen auszumitteln und Fehlgriffe bei den Wahlen von Amts wegen tunlichst zu verhüten seien. Es dürfte ohne weiteres klar sein, daß diese Tätigkeit von Amts wegen nicht vor der offenbaren Unvollständigkeit der Urliste Halt machen, sondern im Gegenteil auch ihr nach Tunlichkeit entgegentreten soll.

Die hierzu gegebene Zeit ist aber, wie oben angedeutet, namentlich in Anbetracht der ländlichen Verhältnisse, viel zu knapp. Rechnet man bei rechtzeitigem Eintreffen der Urlisten nur eine Woche auf die Ausmittelung und Zusammenstellung der vermuteten Mängel, eine Woche auf die Versendung hin und her und eine Woche auf die Korrektur. Der Gemeindeschreiber, der z. B. ganze Kategorien von Personen weggelassen hat, wird die Ergänzung kaum in so kurzer Zeit bewältigen können, zumal er als Hauptamt seinen Schul- und Kirchendienst hat — so geht es schon auf Ende September zu, ehe das vorgeschriebene Verzeichnis der Urlisten hergestellt und Termin zur Ausschußsitzung anberaumt ist. Wie nun erst, wenn die Liste auch jetzt noch neuerdings offenbare Mängel und Unvollständigkeiten aufweist, oder der Mängel so viele waren, daß etwa ein wiederholtes Auflegen der Liste als erforderlich angesehen wird?

Auch sonst ist es wohl in der gegebenen kurzen Zeit kaum möglich, die zweckmäßigen Ergänzungen und Aufklärungen zu erholen.

Die Ausschußsitzung würde viel besser vorbereitet und den vortrefflichen Absichten des Gesetzes (einschl. d. Bek. v. 1. August 1880) viel besser entsprochen werden können, wenn die Einsendung der Urlisten zu einem erheblich früheren Zeitpunkte vor der Wahl stattfinden würde. Solange die Wahl in der zweiten Hälfte September stattfindet, fällt dann allerdings deren Vorbereitung noch immer durchaus in die Gerichtsferien und die Einreichung der Liste in eine verhältnismäßig frühe Jahreszeit.

Das dürfte aber minder bedenklich sein als die Mangelhaftigkeit der Listen.

Das Recht der unehelichen Mutter zur Bestimmung des Glaubensbekenntnisses und der religiösen Erziehung ihres Kindes.

Von Dr. August Hofmann, Regierungsassessor in Landshut.

Das Recht zur Bestimmung des Glaubensbekenntnisses und der religiösen Erziehung des Kindes ist ein Bestandteil des Erziehungsrechts im allgemeinen (vgl. Samml. d. VGHE. Bd. III S. 92, IV S. 114, V S. 141, 142, XVII S. 319). Es sind deshalb die Vorschriften des bürgerlichen Rechts, also nunmehr die des BGB., überall dann maßgebend, wenn sie nicht durch andere gesetzliche Bestimmungen ersetzt sind.

Die uneheliche Mutter hat nach § 1707 BGB. das Recht und die Pflicht, für die Person des Kindes zu sorgen. Diese Sorge umfaßt gemäß § 1631 l. c. das Recht und die Pflicht, das Kind zu erziehen. Es steht somit nach dem BGB. der unehelichen Mutter auch das Recht zu, zu bestimmen, in welchem Glaubensbekenntnis ihr Kind erzogen werden soll (vgl. unten Ziff. II Anm. 3).

Vorschriften über die religiöse Erziehung eines unehelichen Kindes enthält aber auch die Bayerische Verfassungsurkunde. § 21 der II. VerfBeil. sagt nämlich, nachdem der § 20 die religiöse Erziehung der durch Heirat legitimierten natürlichen Kinder behandelt hat: „Die übrigen natürlichen Kinder, wenn sie von einem Vater anerkannt sind, werden in Ansehung der Religionserziehung gleichfalls wie die ehelichen behandelt; sind sie aber von dem Vater nicht anerkannt, so werden sie nach dem Glaubensbekenntnisse der Mutter erzogen." Diese Vorschriften bleiben nach Art. 134 des EG. zum BGB. unberührt.

Es fragt sich nun, inwieweit durch diese Verfassungsbestimmung die oben erwähnten Vorschriften des BGB. außer Wirksamkeit gesetzt sind.

Zunächst sind zwei Fälle auseinander zu halten: Der Fall, daß das Kind vom natürlichen Vater anerkannt ist, und der Fall, daß ein solches Anerkenntnis nicht vorliegt.

I. Die Anerkennung des Kindes seitens des Vaters im Sinne des § 21 d. II. VerfBeil. muß eine rechtswirksame sein nach Maßgabe der bürgerlichen Gesetzgebung. Hierzu gehört einmal, daß sie durch eine öffentliche Urkunde (gerichtliche oder standesamtliche, § 25 des PStG. vom 6. Februar 1875) festgestellt, sodann daß damit die freiwillige Uebernahme einer über die gesetzliche Unterhaltspflicht hinausgehenden Leistung für Unterhalt und Erziehung des Kindes seitens des Vaters im Einverständnis mit der Mutter und event. der Vormundschaft verbunden ist (vgl. Samml. d. VGHE. Bd. III S. 83, IV S. 338, VIII S. 162 ff., X S. 119, XXI S. 140, 141, XXVI S. 172 ff.) [1])

Liegt eine solche Anerkennung vor, dann ist wieder zu unterscheiden zwischen dem Fall, daß Vater und Mutter verschiedenen Glaubens sind und dem Fall, daß beide dem gleichen Glaubensbekenntnis angehören.

1. Sind die Eltern verschiedenen Glaubens, dann finden bezüglich der religiösen Erziehung des Kindes die Vorschriften Anwendung, wie sie für die ehelichen Kinder nach §§ 12 ff. der II. VerfBeil. gelten; denn das Kind wird, „wie ein eheliches behandelt" (§ 21 l. c.). Es können demnach die Eltern durch beiderseitige Uebereinkunft in der für Eheverträge vorgesehenen Form (notarieller Vertrag) über die religiöse Erziehung des Kindes Bestimmung treffen (vgl. ME. v. 17. Juni 1838, Döllinger, VerordSammI. Bd. 8 I. Teil S. 57, 58, ferner Samml. der VGHE. Bd. XXVI S. 175; auch E. Mayer, a. a. O. S. 209, 210 und Leuckart, a. a. O. S. 93). Der Mutter kommt also ein einseitiges Bestimmungsrecht in diesem Falle nicht zu, sondern nur ein Mitbestimmungsrecht.

In Ermangelung einer solchen Vereinbarung tritt die Regel des § 14 a. a. O. ein: das

[1]) Diese Auffassung kann allein befriedigen, da nur so dem § 21 d. II. VerfBeil eine praktische Bedeutung zukommt. Nach der Ansicht von Seydel (Blätter f. a. Pr. Bd. 42 S. 81 ff. u. 97 ff.; vgl. auch Bd. 50 S. 188, wonach eine rechtswirksame Anerkennung im Sinne des § 21 l. c. nur dann vorliegen soll, wenn mit ihr sich die Entstehung familienrechtlicher Beziehungen, die Unterwerfung des Kindes unter die väterliche Erziehungsgewalt, verknüpft) ist die genannte Verfassungsbestimmung vor Inkrafttreten des BGB. im rechtsrheinischen Bayern unvollziehbar gewesen und nach diesem Zeitpunkte im ganzen Königreich überhaupt gegenstandslos, da es vor dem Jahre 1900 in Bayern (abgesehen von der Pfalz) eine Anerkennung mit dieser Wirkung nicht gegeben hat und auch jetzt nach dem BGB. nicht gibt; denn die Ehelichkeitserklärung auf Antrag des Vaters gemäß § 1723 ff. BGB gehört nicht hierher, da durch sie das Kind die rechtliche Stellung eines ehelichen erhält (§ 1736 l. c), somit schon hierdurch auch „in Ansehung der Religionserziehung als ehelich zu behandeln" ist, nicht erst auf Grund des § 21 d. II. VerfBeil. (so auch wohl Blätter f. a. Pr. Bd. 50 S 189 Anm. 1 und S. 188 Anm. 1, Abs. 1, letzter Satz). Es stellt sich daher die Ehelichkeitserklärung nach § 1723 ff. BGB. nicht als eine Anerkennung nach § 21 l. c. dar (entgegen Silbernagl, Verf. und Verwaltung der Religionsgenossenschaften in Bayern 4. Aufl. S. 24 Anm. 23 und Leuckart v. Weißdorf, Verfassungsurkunde S. 93). Die richtige Folgerung aus der Ansicht von Seydel wird denn auch von Oertmann (Bayerisches Landesprivatrecht, II. Abteilung, S. 614, 615) gezogen, der auf Grund dieser Ansicht die fragliche Vorschrift der Verfassungsbeilage für antiquiert erachtet, „da ihrer Anwendbarkeit hinfort die rechtliche und auch tatsächliche Grundlage entzogen" sei. Anderseits geht die Ansicht von E. Mayer (Das Kirchen-Hoheitsrecht des Königs von Bayern S 209), welcher zur Anerkennung „jeden Vertrag und jede einseitige Willenserklärung, mag sie auch nur in konkludenten Handlungen bestehen", als genügend erachtet, zu weit, da sie das, was der Gesetzgeber gewollt hat, nicht zum Ausdruck bringt

Kind folgt, wenn es ein Knabe ist, der Religion des Vaters, wenn es ein Mädchen ist, dem Glaubensbekenntnisse der Mutter.

2. Bei gleicher Glaubensangehörigkeit der Eltern bemißt sich das Recht der Bestimmung des Glaubensbekenntnisses und der religiösen Erziehung des Kindes nach den Vorschriften, welche für die religiöse Erziehung eines ehelichen Kindes von Eltern gleichen Glaubens maßgebend sind, also nach den bezüglichen Vorschriften des BGB., welche sinngemäß zur Anwendung kommen. [1] Hiernach kommt in erster Linie dem Vater das Bestimmungsrecht zu (§ 1627 BGB.), der Mutter nur beim Vorhandensein der Voraussetzungen der §§ 1684, 1685 l. c., also namentlich beim Tode des Vaters und bei seiner tatsächlichen Verhinderung an der Ausübung des ihm primär zustehenden Bestimmungsrechtes.

II. Ist das Kind von dem Vater nicht anerkannt, dann treten zunächst die Bestimmungen des bürgerlichen Rechtes in Wirksamkeit. Hiernach kommt, wie schon eingangs dargelegt, der Mutter das ausschließliche Bestimmungsrecht zu. [2] Die Vorschrift in § 21 der II. VerfBeil.: „so werden sie nach dem Glaubensbekenntnisse der Mutter erzogen", ist, wie diejenige des § 18: „so folgen die Kinder der nun gleichen Religion ihrer Eltern" nicht zwingender Natur, sondern gilt lediglich als gesetzliche Regel für den Fall, daß der Erziehungsberechtigte über die religiöse Erziehung eine andere Bestimmung nicht getroffen hat (vgl. Seydel a. a. O. S. 508; Samml. d. VGHE. Bd. XVI S. 81, 82, XIX S. 80, XXI S. 142); sie stellt nur die regelmäßig eintretende Wirkung dar, da angenommen wird, daß — wie die Eltern gleichen Glaubens ihre Kinder in der Regel in ihrer eigenen Religion erziehen lassen — so auch das uneheliche Kind von den Erziehungsberechtigten in der Religion der Mutter erzogen zu werden pflegt.

In Ermangelung einer solchen Bestimmung seitens der Mutter muß das Kind in dem Glaubensbekenntnisse der Mutter erzogen werden, was ja auch im Zweifel als ihrem Willen entsprechend erachtet werden kann.

Wollte man den obigen Worten: „so werden sie etc." die Bedeutung eines Rechtszwangs zuerkennen, so daß das Kind nur in der Religion der Mutter erzogen werden dürfe (so Mayer a. a. O. S. 215; Oertmann a. a. O. S. 614; Silbernagl, a. a. O. S. 25), dann würde man zu dem eigentümlichen Resultate kommen, daß die Mutter dann, wenn der Vater das Kind als das seinige anerkennt und ihm ein Erzieher und Ernährer sein will, in der Frage der religiösen Erziehung des Kindes mitbestimmen und eventuell sagar allein Bestimmung treffen könnte, während sie dann, wenn der Vater sich um das Kind nichts bekümmert, ihr allein also das Kind zur Erziehung und Ernährung überlassen ist, nichts in dieser Frage zu sagen hätte. Würde man freilich dem Anerkenntnisse nach § 21 der II. VerfBeil. jede praktische Bedeutung aberkennen (vgl. oben Anm. 1 am Schlusse), dann könnte ein solches Mißverhältnis nicht eintreten.

Das Resultat vorstehender Betrachtung ist hiernach folgendes:

Die uneheliche Mutter hat bezüglich des Glaubensbekenntnisses und der religiösen Erziehung ihres Kindes:

1. Wenn das Kind von dem Vater in rechtswirksamer Weise anerkannt ist und Vater und Mutter verschiedenen Glaubens sind, ein Mitbestimmungsrecht.

2. Wenn das Kind vom Vater anerkannt ist und Vater und Mutter gleichen Glaubens sind, ein subsidiäres Bestimmungsrecht.

3. Wenn das Kind vom Vater nicht anerkannt ist, ein ausschließliches Bestimmungsrecht.

---

[1]) Daß für die religiöse Erziehung von Kindern aus ungemischten Ehen das bürgerliche Recht und nicht die II. Verfassungsbeilage in Betracht kommt, dürfte wohl jetzt so ziemlich allgemein angenommen sein (vgl. Seydel a. a. O. S. 503; Samml. d. VGHE. Bd. IV S. 114, V S. 142; auch Silbernagl a. a. O. S. 24, Anm. 20 und Oertmann, a. a. O. S. 609). Ein Argument für die Auffassung, daß die Kinder aus ungemischter Ehe nur in der Konfession der beiden Eltern erzogen werden dürfen (E. Mayer, a. a. O. S. 215) kann insbesondere nicht aus § 18 der II. VerfBeil. abgeleitet werden, da auch hier — wenn aus der gemischten Ehe eine ungemischte geworden ist — die Kinder nicht unter allen Umständen der nun gleichen Religion der Eltern zu folgen haben, sondern nur dann, wenn die Eltern keine anderweitige Bestimmung getroffen haben. Denn die Worte „so folgen die Kinder der nun gleichen Religion ihrer Eltern" bringen lediglich das zum Ausdruck, was in der Regel der Fall ist (vgl. Seydel a. a. O. S. 506 Anm. 64 und unten Ziffer II.).

[2]) So auch richtig Blätter für adm. Pr. Bd. 50 S. 188, 189 und Leuckart a. a O. S. 94, während Oertmann (a. a. O. S. 614 Anm. 2) der unehelichen Mutter — abgesehen von dem entgegenstehenden Wortlaute des § 21 d. II. VerfBeil. — kein Bestimmungsrecht zugestehen will, da sie nach dem jetzigen bürgerlichen Recht nicht die elterliche Gewalt habe und auch nicht zur Vertretung des Kindes berechtigt sei.

Allein, da die uneheliche Mutter nach § 1707 in Verbindung mit § 1631 BGB. das Recht der Erziehung hat, die Kindererziehung im allgemeinen aber auch die Erziehung in religiöser Hinsicht umfaßt (vgl. oben im Eingang und auch Oertmann a. a. O. S. 610), so muß der Mutter auch das Recht zuerkannt werden, über die Art und Weise der religiösen Erziehung, über das Glaubensbekenntnis, in dem diese Erziehung stattfinden soll, Bestimmung zu treffen (vgl. auch VGHE. Bd. XVII S. 319).

Mitteilungen aus der Praxis.

Der Ertrag der Arbeit in den Gerichtsgefängnissen. (Zu den §§ 72 bis 81 der Dienst- und Hausordnung für die Gerichtsgefängnisse.) Mit dem Ertrage der Gefangenenarbeit wird nicht in allen Gerichtsgefängnissen gleichmäßig verfahren. Es dürfte sich daher empfehlen, die maßgebenden Bestimmungen kurz zusammenzustellen.

Arbeit gibt es in jedem Gefängnisse. Schon die Aufrechterhaltung der Ordnung und Reinlichkeit und die sonstige Hausbesorgung erfordert Arbeit, die überall von den Gefangenen zu leisten ist, ausgenommen jene besonderen Verrichtungen, für die dem Gefängniswärter eigene Bezüge bewilligt sind, wie die Besorgung der Wäsche und die Zubereitung der warmen Speisen (§ 11 Abs. 6 der Bekanntmachung vom 23. April 1883 über die ökon. Verwaltung); außerdem soll aber auch nach § 72 D. u. HO. der eigene Bedarf des Gefängnisses an Kleidern, Wäschestücken und Gerätschaften tunlichst dort selbst hergestellt werden. Wird hiernach in allen Gefängnissen die Arbeitskraft der Gefangenen verwertet, so kennt die D. u. HO. einen besonderen „Ertrag der Arbeit" doch nur dann, wenn die Arbeit sich auf Zwecke erstreckt, die nicht ausschließlich dem Gefängnisbetriebe zu Gute kommen. Eine solche weitergehende Beschäftigung kann in den verschiedensten Formen auftreten, von der Verwendung des Gefangenen zum Vorteil des Gefängniswärters an, sei es für seinen Hausbedarf, sei es für die ihm gegen besondere Vergütung auferlegten Gefängnisarbeiten, bis zur Herstellung von Waren für industrielle Großbetriebe.

Jede Beschäftigung der Gefangenen für fremde Zwecke, mag sie auch noch so geringfügig sein, ist nur zulässig, wenn die Gefängniskommission sie gebilligt hat (§ 20 Abs. 3 D. u. HO.). Soll die Arbeit außerhalb des Gefängnisses geleistet werden, wie dies z. B. bei Kulturarbeiten der Fall sein kann, so wird außerdem noch die ministerielle Genehmigung erfordert; nur die Fortschaffung von Lasten, welche in das Gefängnis verbracht oder von dort weggeführt werden sollen, z. B. das Verbringen des zerkleinerten Brennholzes aus dem Gefängnis in die Wohnungen der Besteller, kann vom Gefängnisvorstand in eigener Zuständigkeit angeordnet werden, wenn sie nach den örtlichen Verhältnissen ohne Erregung von Aufsehen möglich ist. (§ 73 D. u. HO.)

Die Gefängniskommission setzt auch die Bedingungen fest, unter denen eine Arbeitsbestellung ausgeführt wird, beschließt also auch über die Höhe der vom Besteller zu leistenden Vergütung. Wie sich aus den Bestimmungen über die Verwendung der Vergütung ergibt, darf diese nur in Bargeld bestehen; jede andere Form, insbesondere die direkte Verabreichung von Lebensmitteln an die Gefangenen, ist unstatthaft.

Die Vergütung der Besteller bildet den „Ertrag der Arbeit". Sie fließt nach § 77 Abs. 1 D. u. HO. in die „Arbeitsverdienstkasse". Diese eigene Kasse und damit auch die im § 105 der D. u. HO. vorgeschriebenen Bücher sind zu führen, sobald in dem Gefängnisse eine Beschäftigung der Gefangenen für fremde Zwecke, wenn auch in noch so bescheidenem Maße, stattfindet.

Aus der Arbeitsverdienstkasse werden zunächst die mit dem Arbeitsbetriebe verbundenen Kosten gedeckt. Als solche Kosten führt die D. u. HO. (§ 77 Abs. 3) insbesondere an: die Auslagen für Anschaffung von Hilfsstoffen, die Instandhaltung der Arbeitsgeräte und die gewöhnlichen Nachschaffungen solcher. Die Aufzählung zeigt, daß der Arbeitsverdienstkasse nur die Kosten der Fortführung des Arbeitsbetriebs zur Last fallen, dagegen nicht die Kosten der Einführung eines Betriebs. Die erstmalige Anschaffung der Werkzeuge ist daher in gleicher Weise zu beantragen wie die Anschaffung sonstiger Gefängnisgerätschaften; ebenso ist zu verfahren, wenn bei bestehendem Betriebe sich Anschaffungen als nötig erweisen, die den Rahmen von gewöhnlichen Nachschaffungen überschreiten.

Was nach Abzug der Betriebskosten in der Arbeitskasse übrig bleibt, bildet den Reinertrag der Arbeit. Von ihm wird ein Teil zur Belohnung der arbeitenden Gefangenen verwendet, ein Teil dem Gefängniswärter als besondere Vergütung für seine Tätigkeit beim Arbeitsbetrieb überlassen, der Rest an den für die Gerichtsgefängnisse gebildeten Arbeitsfonds abgeliefert. (§ 77 Abs. 3 D. u. HO.)

Die Belohnung (Verdienstanteil) der Gefangenen bestimmt sich nach einem von der Gefängniskommission aufzustellenden Tarife (§ 78 D. u. HO.). In dem Tarif ist die Belohnung, soweit Stücklohn angemessen ist, z. B. für Anfertigung von Kleidungs- und Wäschestücken, Herstellung von Papierwaren, Zündholzschachteln, Patronen- und Flaschenhülsen, Auslesen von Bohnen u. dergl. nach der Größe der Leistung, für die übrigen Arbeiten nach Arbeitstagen festzusetzen. Für die Bemessung der Verdienstanteile sind der Gefängniskommission zwei Schranken gezogen: der tägliche Verdienstanteil eines mit gehörigem Fleiße und der erforderlichen Geschicklichkeit arbeitenden Gefangenen bei einer Arbeitszeit von 9 bis 10 Stunden soll den Betrag von 25 Pfennig nicht übersteigen und die Summe aller Verdienstanteile darf nicht mehr als 40% des Reinverdienstes ausmachen. Eine Grenze nach unten besteht nicht. Da der Tarif im voraus, also zu einer Zeit festgestellt wird, zu der der Reinertrag noch nicht bekannt ist, muß ihm eine Schätzung des Ertrages zugrunde gelegt werden. Sie bietet keine Schwierigkeit bei Arbeiten, zu denen das gesamte Material einschließlich der Hilfsstoffe und die Arbeitsgeräte vom Besteller geliefert werden; hier brauchen von der mutmaßlichen Roheinnahme nur die allgemeinen Betriebskosten wie der Verbrauch an Petroleum für die Arbeitslampen u. dergl. abgezogen zu werden; bei den sonstigen Arbeiten hat dagegen auch ein entsprechender prozentualer Abzug für Hilfsstoffe, Abnutzung der Geräte usw. einzutreten. Muß die Schätzung des Reinertrags für jeden Arbeitszweig gesondert erfolgen, so ist es anderseits nicht geboten, die Verdienstanteile so festzusetzen, daß den Gefangenen, die mit einer bestimmten Arbeit beschäftigt sind, gerade der Reinertrag dieses Arbeitszweiges zufließt. Es besteht also kein Hindernis, wenn bei einer einträglichen Beschäftigungsart die Verdienstanteile weniger als 40% betragen, dafür bei einer anderen minder einträglichen Beschäftigungsart die 40% zu überschreiten. Nur die Gesamtsumme der nach dem Tarif auszubezahlenden Verdienstanteile darf 40% des zu erhoffenden gesamten Reinertrags nicht übersteigen. Sollte sich im Laufe des Betriebs herausstellen, daß bei der Tarifaufstellung der Reinertrag überschätzt worden war,

und deshalb eine Ueberschreitung der 40% zu befürchten sein, so wäre natürlich die alsbaldige Aenderung des Tarifs herbeizuführen.

Verdienstanteile erhalten zunächst nur diejenigen Gefangenen, welche mit Arbeiten beschäftigt sind, deren Ertrag in die Arbeitsverdienstkasse fließt. Dazu gehören nach § 3 der Bekanntmachung vom 23. April 1883 über die ökonomische Verwaltung der Gerichtsgefängnisse auch die mit dem Kleinmachen des Holzes für den Gefängnisbedarf beschäftigten Gefangenen, sobald im Gefängnisse irgend ein Arbeitsbetrieb für fremde Rechnung besteht. Es unterliegt aber auch keinem Bedenken, wenn einmal ein Arbeitsbetrieb eingeführt ist, ihn auch auf die Anfertigung des eigenen Bedarfs des Gefängnisses an Kleidern, Wäsche, Gerätschaften, auf die Ausbesserung dieser Gegenstände, sowie auf ähnliche Arbeiten für den Hausbedarf auszudehnen und damit auch den hierzu verwendeten Gefangenen Verdienstanteile zuzuwenden. Die Vergütung, die sonst der Besteller zu leisten hat, wird in diesen Fällen aus Staatsmitteln bezahlt; ihre Höhe ist nur für die Holzzerkleinerung festgelegt (30 Pfg. für das Ster Scheitholz, 54 Pfg. für das Ster Stockholz); im übrigen wird sie jeweils besonders festgesetzt.

Der Gefängniskommission ist aber weiter noch gestattet, auch den mit H a u s a r b e i t e n beschäftigten Gefangenen aus der Arbeitsverdienstkasse Belohnungen zu gewähren. Hierin liegt eine Besonderheit insoferne, als für die gewöhnliche Hausbesorgung von Staats wegen eine Vergütung nicht geleistet wird, durch die Einbeziehung der Hausarbeiter also der Arbeitsverdienstkasse lediglich Ausgaben, aber keine Einnahmen erwachsen. Im übrigen besteht zwischen der Belohnung der Hausarbeiter und den Verdienstanteilen der im Arbeitsbetriebe beschäftigten Gefangenen kein Unterschied. Es steht daher mit den Bestimmungen der Dienst- und Hausordnung nicht im Einklang, wenn die Hausarbeiter aus dem Rohertrage der Arbeit entlohnt, ihre Bezahlung also gleich den auf den Arbeitsbetrieb erwachsenden Kosten behandelt oder wenn die Mittel dafür dadurch beschafft werden, daß den im Arbeitsbetriebe beschäftigten Gefangenen nachträglich ein Abzug an ihrer tarifmäßigen Vergütung gemacht wird. Die Belohnung der Hausarbeiter ist vielmehr bei der Aufstellung des Tarifs ganz nach denselben Grundsätzen festzusetzen, wie die Verdienstanteile der übrigen arbeitenden Gefangenen; insbesondere darf durch die Einbeziehung der Hausarbeiter die für die Belohnung sämtlicher Arbeiter verfügbare Summe von 40% des Reinertrags nicht überschritten werden. Es kann sich also unter Umständen die Notwendigkeit ergeben, die Verdienstanteile der übrigen arbeitenden Gefangenen etwas niedriger anzusetzen, als es bei Weglassung der Hausarbeiter hätte geschehen können. Dies darf aber die Kommission nicht abhalten, auch der Hausarbeiter zu gedenken; denn es ist ein Gebot der Billigkeit, daß wenigstens in den Gefängnissen, in denen ein größerer Arbeitsbetrieb besteht und die überwiegende Zahl der Gefangenen davon Nutzen hat, auch die Hausarbeiter nicht ganz leer ausgehen, zumal sie ja vielfach den anderen Gefangenen Arbeiten abnehmen, die an sich (vgl. § 54 D. u. HO.) diesen obliegen.

Die Verdienstanteile werden den Gefangenen zunächst gutgeschrieben. Während der Dauer der Haft kann über das Guthaben zur Anschaffung von Zusatznahrungsmitteln und Schnupftabak (§ 79 D. u. HO.) sowie zur Anschaffung von Briefpapier und Zahlung von Portogebühren (§ 90 D. u. HO.) verfügt werden. Dabei tritt für die Gefangenen, die zur Arbeit angehalten werden können (Gefängnissträflinge und auf Grund des § 361 Nr. 3—8 StGB. verurteilte Haftsträflinge), eine Beschränkung ein. Während die anderen Gefangenen die ganze Gutschrift verbrauchen können, dürfen sie zur Anschaffung von Zusatznahrungsmitteln und Schnupftabak nur über die Hälfte und nur mit Erlaubnis des Vorstandes verfügen: auch soll denjenigen unter ihnen, welche einer strengeren Behandlung unterliegen (§ 98 D. u. HO.), die Erlaubnis zur Anschaffung nur ausnahmsweise bei besonders gutem Verhalten und nicht für mehr als einen Tag in der Woche erteilt werden.

Soweit der Verdienstanteil nicht zu solchen Anschaffungen verbraucht und nicht etwa nach § 79 Abs. 2 D. u. HO. zur Deckung der Ersatzansprüche für boshafte Beschädigungen u. dgl. in Anspruch zu nehmen ist, wird er dem Gefangenen bei der Entlassung ausbezahlt oder im Falle der Ablieferung an eine andere Behörde dieser übersendet.

Der V e r d i e n s t a n t e i l d e s G e f ä n g n i s w ä r t e r s ist im § 80 D. u. HO. geregelt. Er wird aus dem Reinertrage der Arbeit, also dem Betrage berechnet, der von der Gesamteinnahme nach Abzug der Kosten verbleibt. Was die Gefangenen an Verdienstanteilen erhalten, äußert hier nicht den geringsten Einfluß, und es berührt daher insbesondere das finanzielle Interesse des Gefängniswärters in keiner Weise, wenn die Hausarbeiter ebenfalls Belohnungen aus der Arbeitsverdienstkasse bekommen.

Die Höhe des Anteils ist verschieden, je nachdem im Gefängnisse besondere Hilfsbedienstete für den Gefängnisdienst gehalten werden oder nicht. Sie beträgt von einem Reinertrage bis zu 500 Mk.

bei ersteren 20%, bei letzteren 50%,

von dem Mehrbetrage bis zu 1000 Mk.

bei ersteren 10%, bei letzteren 20%,

von dem 1000 Mk. übersteigenden Betrage

bei ersteren 5%, bei letzteren 10%.

Zugrunde gelegt wird immer der Reinertrag des g a n z e n Jahres; es darf daher, falls im Laufe des Jahres ein Wechsel in der Person des Gefängniswärters eintrat, nicht etwa jeder für sich die Prozente aus dem Reinertrage während seiner Dienstzeit gesondert berechnen, so daß jeder aus den ersten 500 Mk. während seiner Dienstzeit den höheren Anteil bekäme, sondern es wird der Gesamtverdienstanteil für das ganze Jahr festgestellt und auf die Beteiligten nach Maßgabe ihrer Dienstzeit ausgeteilt.

Der Verdienstanteil bildet eine „besondere Vergütung für die auf den Arbeitsbetrieb bezüglichen Obliegenheiten und einen Ersatz des Aufwandes auf das für ihn erforderliche Schreibwerk". (§ 77 D. u. HO.). Da der Aufwand auf das Schreibwerk nur ganz gering ist, stellt sich der Anteil im wesentlichen als ein besonderer Nebenbezug des Gefängniswärters dar und unterliegt daher nach Art. 9c des Einkommensteuergesetzes der Steuerpflicht.

Was von dem Reinertrage nach Abrechnung der Verdienstanteile der Gefangenen und des Gefängniswärters übrigbleibt, wird an das Rentamt abgeliefert. Da die Abzüge im Höchstfalle 90% (40% für die Gefangenen und 50% für den Gefängniswärter) ausmachen dürfen, muß mindestens 10% des Reinertrages zur Ablieferung kommen. Die Beträge fließen in

einen Zentralfonds, den **Arbeitsfonds**, der der Verfügung der Staatsministerien der Justiz und der Finanzen untersteht. Aus ihm wird alljährlich ein Betrag zur Verfügung gestellt, aus dem die beim Arbeitsbetrieb beschäftigten Hilfsbediensteten Belohnungen erhalten.

Zum Schlusse sei noch bemerkt, daß in den Gefängnissen, in denen ein Arbeitsbetrieb nicht eingeführt ist, den Gefangenen weder für die Hausarbeit noch auch für sonstige Arbeiten zum Hausbedarf eine Belohnung zugewendet werden kann. Eine Ausnahme besteht nur für das Kleinmachen des Holzes. Hier wird vom Staate dieselbe Vergütung geleistet, wie bei den Gefängnissen mit Arbeitsbetrieb; von dem Betrage erhält der Gefängniswärter ein Drittel; zwei Drittel werden dem Gefangenen gutgeschrieben, der darüber in gleicher Weise verfügen kann, wie die Gefangenen in den Gefängnissen mit Arbeitsbetrieb über ihre Verdienstanteile (§ 3 der Bek. v. 23. April 1883).

Burkhardt, Staatsanwalt am Oberlandesgerichte München.

Ist bei sogenannten altrechtlichen Hypothekenurkunden zur Zwangsvollstreckung in das eingebrachte Gut der Ehefrau ein Duldungstitel gegen den Ehemann erforderlich? Diese Streitfrage wurde in letzter Zeit vom Vollstreckungsgericht des AG. München I in mehreren Entscheidungen bejaht (a. M., wie schon hier bemerkt sein mag, Neumiller Anm. II zu § 801 ZPO., Steiner, ZVG. S. 3 und 53 Fußnote und ObLG. n. S. I 451). Für den Standpunkt der Praxis des Amtsgerichts München I ist folgendes anzuführen:

Nach Art. VIII des EG. zu dem Gesetze betr. Aenderungen der Zivilprozeßordnung bleiben die landesgesetzlichen Vorschriften über die Vollstreckbarkeit von Hypothekenurkunden in Ansehung der Hypotheken in Kraft, welche schon zu der Zeit bestehen, zu welcher das Grundbuch als angelegt anzusehen ist. Von dieser Ermächtigung hat Bayern Gebrauch gemacht und in Art. 166 Z. XVI Abs. 3 des AG. z. BGB. bestimmt, daß die Art. 127 bis 134, 136 des AG. z. ZPO. und KO. vom 23. Febr. 1879 in Ansehung der Hypotheken in Kraft bleiben, welche zu der Zeit bestehen, zu der das Grundbuch als angelegt anzusehen ist, hier also hinsichtlich der vor dem 1. Mai 1905 entstandenen Hypotheken (JMBek. vom 6. März 1905 JMBl. S. 562).

Die zuletzt erwähnten Ausführungsvorschriften wurden seinerzeit auf Grund des Abs. II des § 706 ZPO. älterer Fassung erlassen und im Hinblick auf den auch für Hypothekenurkunden für anwendbar erklärten Abs. I dieses Gesetzesparagraphen teilweise abweichend von den Bestimmungen der Zivilprozeßordnung gestaltet. So konnte und kann auch jetzt noch die Zwangsvollstreckung aus den Hypothekenurkunden gemäß Art. 127 ff. AG. z. ZPO. und KO. in das bewegliche und unbewegliche Vermögen des Schuldners betrieben werden, soferne die Hypothek vertragsmäßig für einen Anspruch bestellt ist, welcher die Zahlung einer bestimmten Geldsumme zum Gegenstande hat und durch die Urkunde festgestellt ist; die Unterwerfung unter die sofortige Zwangsvollstreckung ist nicht erforderlich. Sie ist auch gegen den dritten Besitzer zulässig, soweit dessen Haftung nach dem Hypothekengesetz begründet ist. Die Vollstreckungsklausel wird von dem Notare erteilt, der die Hypothekurkunde verwahrt, oder vom Gerichtsschreiber des Gerichts, das die Urkunde über die Hypothekbestellung aufgenommen hat. Neue Vollstreckungsklauseln können von den vorgenannten Beamten oder auch vom Hypothekenamt bzw. Grundbuchamt erteilt werden (Art. 132 III AG. z. ZPO. und KO. und Art. 166 Z. XVI Abs. 3 und 174 AG. z. BGB.). Im übrigen fanden und finden auf die Zwangsvollstreckung aus Hypothekenurkunden des bayer. Landesrechts die Vorschriften der Zivilprozeßordnung entsprechende Anwendung (Art. 136 AG. z. ZPO. und KO. und Art. 166 Z. XVI Abs. 3 AG. z. BGB.; Schierlinger, Landesrechtl. Zivilprozeßnormen, 3. Aufl. S. 250). Darüber jedoch, ob und in welchen Fällen bei Zwangsvollstreckungen in das Vermögen von Ehefrauen ein Duldungstitel gegen den Ehemann erforderlich war und ist, enthielt weder die Zivilprozeßordnung älterer Fassung irgendwelche Bestimmungen, noch finden sich solche in Art. 127 ff. AG. z. ZPO. und KO., noch wurden solche in Art. 166 Z. XVI Abs. 3 AG. z. BGB. getroffen. Damit war jedoch bei solchen Zwangsvollstreckungen ein Duldungstitel gegen den Ehemann nicht etwa überflüssig, sondern dessen Notwendigkeit unter der Herrschaft der Zivilprozeßordnung älterer Fassung nach dem einschlägigen bürgerlichen Rechte bzw. dem Güterstande zu beurteilen, in dem die betreffende Ehefrau mit ihrem Ehemanne lebte (vgl. Gaupp-Stein 3. Aufl. Anm. II, 3 zu § 671 und Anm. 3, b, β zu § 51 ZPO.).

Hierin ist nun seit 1. Jan. 1900, d. i. seitdem die Zivilprozeßordnung in der Fassung vom 17. Mai 1898 in Kraft getreten ist (vgl. Art. I EG. zu dem Gesetz betr. Aenderungen der ZPO. und Art. 1 EG. z. BGB.), eine Aenderung eingetreten, insoferne § 739 ZPO. neuer Fassung vorschreibt, daß bei dem Güterstande der Verwaltung und Nutznießung, der Errungenschaftsgemeinschaft oder Fahrnisgemeinschaft die Zwangsvollstreckung in das eingebrachte Gut nur dann zulässig ist, wenn die Ehefrau zur Leistung und der Ehemann zur Duldung der Zwangsvollstreckung in das eingebrachte Gut verurteilt ist. Zulässig war und ist also die Anwendung des § 739 ZPO., wenn die betreffende Ehefrau mit ihrem Manne in einem der vorerwähnten Güterrechte des Bürgerlichen Gesetzbuches lebt, in das eingebrachte Gut der Ehefrau vollstreckt werden soll und die Zwangsvollstreckung nach dem 31. Dezember 1899 erfolgt. Lagen oder liegen diese Voraussetzungen vor, so mußte und muß neben dem Leistungstitel gegen die Ehefrau ein Duldungstitel gegen den Ehemann bei Zwangsvollstreckungen in das eingebrachte Gut der Ehefrau gefordert werden (vgl. Petersen-Anger, ZPO., 4. Aufl. Anhang I Z. 29), soferne nicht die Ausnahme des § 741 ZPO. zutraf bzw. zutrifft.

Dies hat nicht nur dann zu gelten, wenn die güterrechtlichen Verhältnisse der in § 739 ZPO. neuer Fassung gedachten Art infolge der Verehelichung seit 1. Jan. 1900 ohne Abschließung eines Ehevertrages oder gerade auf Grund eines abgeschlossenen Ehevertrages eingetreten sind, sondern auch dann, wenn ein derartiger Güterstand des Bürgerlichen Gesetzbuches zwischen den betr. Eheleuten besteht, weil das zwischen ihnen vor dem 1. Jan. 1900 bestandene Güterrechtsverhältnis durch Landesgesetz in einen Güterstand des neuen Rechts übergeleitet wurde, wie er in § 739 ZPO. erwähnt ist (vgl. Gaupp-Stein Anm. VI und Seuffert Anm. 5 je zu § 739 ZPO.). Letzteres gilt für Bayern umsomehr, als hier durch Art. 24

des UeG. vom 9. Juni 1899 die für den Güterstand geltenden Vorschriften der Zivilprozeßordnung ausdrücklich für anwendbar erklärt wurden, soweit nach dem Ueberleitungsgesetz für den Güterstand einer Ehe die Bestimmungen des Bürgerlichen Gesetzbuches maßgebend sind (vgl. Henle-Schneider Anm. 2 zu Art. 24 UeG.) und die Anwendbarkeit des Art. 103 UeG. als einer Ausnahmebestimmung auf Schuldbekenntnisse ausgeschlossen ist (vgl. Neumiller Anm. zu § 742 ZPO.), somit auch die Anwendbarkeit auf die sogenannten altrechtlichen, nur als eine besondere Art von Schuldbekenntnissen sich darstellenden Hypothekenurkunden, d. h. auf solche, die sich auf Hypotheken beziehen, welche schon bestanden haben, bevor das Grundbuch für angelegt erklärt wurde.

Die vorerwähnten Hypothekenurkunden sind, mögen sich die Schuldner bei der Bestellung der Hypothek der sofortigen Zwangsvollstreckung unterworfen haben oder nicht, ihrer Entstehung und ihrem gewöhnlichen Inhalte nach Leistungstitel, weil der urkundliche Anspruch nur die Bezahlung einer bestimmten Geldsumme zum Gegenstand hat (vgl. Art. 127 AG. z. ZPO. u. KO. und § 702 Z. 5 ält. Fassung und § 795 Abs. I Z. 5 neuer Fassung ZPO.). Grundsätzlich kann nun auch ein gegen den Ehemann als Gesamtschuldner ergangenes Leistungsurteil niemals den gegen ihn für Zwangsvollstreckungen in das eingebrachte Gut seiner Ehefrau erforderlichen Duldungstitel ersetzen (vgl. Planck 3. Aufl. Anm. 9a zu § 1411 BGB., Gaupp-Stein Anm. II und Neumiller Anm. II je zu § 739 ZPO.). Gemäß § 795 ZPO., Art. 136 AG. z. ZPO. und KO. und Art. 166 Z. XVI Abs. 3 AG. z. BGB. muß dies auch für sogenannte altrechtliche Hypothekenurkunden gelten und demnach ein Duldungstitel gegen den Ehemann bei Zwangsvollstreckungen in das eingebrachte Gut der Ehefrau auch dann gefordert werden, wenn beide Ehegatten nach der betr. Urkunde gesamtverbindlich zur Bezahlung der Schuld verpflichtet sind oder die Ehefrau die Hypothek allein für den Anspruch des Gläubigers bestellt und der Ehemann hierzu seine Zustimmung gegeben hat, oder wenn beide Eheleute das mit der vor dem 1. Mai 1905 entstandenen Hypothek belastete Grundstück erworben haben oder die Ehefrau allein es mit Zustimmung des Ehemannes von dem bisherigen Besitzer erworben hat. Demgegenüber wird man sich darauf nicht berufen können, daß die Zwangsvollstreckung aus Hypothekenurkunden gem. Art. 127 ff. AG. z. ZPO. und KO. gegen diejenigen Personen stattfindet, gegen welche der Anspruch nach dem Inhalte der Urkunde begründet ist (vgl. Motive z. Art. 127 AG. z. ZPO. und KO.), weil damit bzw. mit Art. 127 ff. AG. z. ZPO. und KO. in dieser Richtung seinerzeit eine von der Zivilprozeßordnung ält. Fassung abweichende Bestimmung nicht getroffen wurde. Denn auch die reichsrechtlichen Vollstreckungstitel waren und sind vor und nach dem 1. Jan. 1900 nur für und gegen die Personen vollstreckbar, die im Urteil oder Vollstreckungstitel nach § 702 ält. F. und § 795 I n. F. ZPO. oder in der beigefügten Vollstreckungsklausel namentlich bezeichnet waren und sind. Daraus dürfte hervorgehen, daß jedenfalls aus der Eigenart der altrechtlichen Hypothekenurkunde die Unanwendbarkeit des § 739 ZPO. auf sie nicht abgeleitet werden kann, wenngleich auf Grund der Urkunde im Falle der Nichtzahlung der Gläubiger, abgesehen von der Zwangsvollstreckung in das bewegliche Schuldnervermögen, die Befriedigung aus dem verpfändeten Grundstücke im Zwangswege herbeiführen konnte und kann. Denn trotz dieser Berechtigung des Gläubigers ist und bleibt die Hypothekenurkunde des alten Rechtes Leistungstitel, bezüglich dessen das Obenausgeführte zu gelten hat.

Der gemäß § 739 ZPO. für Zwangsvollstreckungen in das eingebrachte Gut einer Ehefrau notwendige Duldungstitel ist ein besonderes, die rechtliche Stellung des Ehemannes zum eingebrachten Gut der Ehefrau berücksichtigendes prozessuales Erfordernis, ohne das die Vollstreckung in das eingebrachte Gut der Ehefrau beim Bestehen des Güterstandes der Verwaltung und Nutznießung, der Errungenschaftsgemeinschaft oder Fahrnisgemeinschaft angesichts der zwingenden Vorschrift der §§ 739 und 751 ZPO. einmal nicht begonnen werden darf. Der Umstand, daß der Ehemann nach der Hypothekbestellungs- oder der auf den Grundstückserwerb bezüglichen Urkunde als Mitschuldner hinsichtlich des Gläubigeranspruchs in Betracht kommt oder seine Zustimmung zur Hypothekbestellung oder zum Erwerbe des mit der Hypothek belasteten Grundstücks durch die Ehefrau gegeben hat, kann nur die materielle Grundlage für die Erwirkung des Duldungstitels gegen den Ehemann zum Zwecke der Zwangsvollstreckung in das eingebrachte Gut der Ehefrau bilden (vgl. §§ 1395 ff., 1525 II und 1550 II BGB., Art. 98 UeG. und Henle-Schneider Anm. 2, c zu Art. 98 UeG.), dieses für die Zwangsvollstreckung in das eingebrachte Gut der Ehefrau unerläßliche prozessuale Erfordernis selbst aber nicht ersetzen und zwar auch bei den übergeleiteten Güterrechten nicht, weil auch auf diese die Vorschriften der Zivilprozeßordnung ausdrücklich für anwendbar erklärt sind (Art. 24 UeG.) und hierin, soweit die prozessuale Verwirklichung des Gläubigeranspruchs in Frage kommt, nur die in Art. 103 UeG. (für das rechtsrheinische Bayern) erwähnte Ausnahme zugelassen ist (vgl. Art. 24 UeG.).

Gemäß § 750 I ZPO. n. F. war und ist weitere Voraussetzung für die Zwangsvollstreckung in das eingebrachte Gut der Ehefrau, daß der Duldungstitel dem Ehemann vor oder mit Beginn der Vollstreckung zugestellt wurde oder zugestellt wird (vgl. Petersen-Anger Anm. 3 zu § 739 ZPO.).

Hiernach dürfte den sogenannten altrechtlichen Hypothekenurkunden gegenüber den reichsrechtlichen Vollstreckungstiteln hinsichtlich der Anwendung des § 739 ZPO. bei Zwangsvollstreckungen in das eingebrachte Gut der Ehefrau eine Ausnahmestellung nicht zukommen.

Amtsrichter Will in München.

Ablösung von Hypotheken und § 880 BGB. Soll ein Hypothekkapital durch ein anderes abgelöst werden, so kann die Uebertragung der dem bisherigen Gläubiger zustehenden Hypothek auf den neuen Gläubiger in folgender Weise vorgenommen werden.

1. Der bisherige Gläubiger tritt seine Hypothekforderung an den neuen Gläubiger ab.

Dieser Weg ist dann nicht gangbar, wenn der bisherige Gläubiger seine Forderung nicht abtreten, oder wenn der Hypothekschuldner den neuen Gläubiger nicht nennen oder wenn der neue Gläubiger mit dem bisherigen nichts zu tun haben will. Dies kommt z. B. nicht allzu selten bei der Ablösung von

Brauereihypotheken vor. In allen diesen Fällen ist auch das Verfahren nach § 1180 BGB. ausgeschlossen.

2. Der Hypothekschuldner befriedigt mit den durch das neue Darlehen erhaltenen Mitteln den bisherigen Hypothekgläubiger, erwirbt dadurch dessen Hypothek und überträgt diese dann auf den neuen Gläubiger.

Der zweite Weg kann dann nicht beschritten werden, wenn der neue Gläubiger die Darlehenssumme erst auszahlt, wenn für ihn Hypothek, wenigstens an nächst offener Stelle, eingetragen ist. In solchen Fällen kann

3. dem neuen Gläubiger eine Hypothek mit dem Range der wegzufertigenden dadurch verschafft werden, daß für den neuen Gläubiger an nächst offener Stelle eine Hypothek bestellt wird und dann der Hypothekschuldner, falls die Zwischenberechtigten hinter die neue Hypothek — gegen Löschung der bisherigen — nicht zurücktreten wollen oder von der Ablösung vorerst nichts erfahren sollen, den Rang seiner durch Befriedigung des bisherigen Gläubigers erworbenen Eigentümer-Hypothek an den neuen Gläubiger abtritt.

Zur Ersparung von Kosten ist die Beschreitung dieses Weges dann zu empfehlen, wenn die abzulösende Hypothekforderung den Betrag von 10000 Mk. nicht übersteigt. Nach Art. 121 des Gesetzes über das Gebührenwesen in der Fassung des Gesetzes vom 22. Dezember 1903 (GVBl. S. 679) wird in diesem Falle auf die verhältnismäßige Gebühr für die Bestellung der neuen Hypothek die verhältnismäßige Gebühr angerechnet, welche für die Bestellung der rückgezahlten Hypothek entrichtet worden ist. Ist also, wie hier vorausgesetzt wird, der Betrag der neuen Hypothek nicht größer, als der der bisherigen, so ist eine Staatsgebühr überhaupt nicht zu zahlen. Dagegen wird bei der Uebertragung einer Hypothek — also in den Fällen 1 und 2 — und bei den Verfahren nach § 1180 BGB. eine Staatsgebühr von 2½ bzw. 3‰ erhoben (Art. 155, 160 und 119 des Gesetzes über das Gebührenwesen). Die Vergütung an den Notar ist in den drei Fällen gleich (Art. 24 der Notariatsgebührenordnung).

Daß dem Beschreiten des unter 3 beschriebenen Weges nicht die Rechte etwa vorhandener Zwischenberechtigter entgegenstehen, hat das Oberste Landesgericht in dem auf S. 481 f. des 2. Jahrgangs dieser Zeitschrift veröffentlichten Beschluß vom 21. September 1906 anerkannt. Dort ist ausgeführt, daß die Rangänderung als Verfügung über das zurücktretende Recht innerhalb des durch dieses Recht bestimmten Rahmens ihnen gegenüber wirksam ist, auch wenn sie ihr nicht zustimmen.

In dem der Entscheidung des Obersten Landesgerichts unterstellten Falle war vom Notar auch beantragt worden, in die Bestätigung des Grundbuchamts über die Eintragung der Rangänderung einen Vermerk darüber aufzunehmen, welche Rechte nach dem Vollzug der Rangänderung dem vorgetretenen Rechte noch vorgehen. Das Oberste Landesgericht hat ausgesprochen, das Grundbuchamt könne nicht angehalten werden, eine solche Bescheinigung zu erteilen. Denn es bescheinige die für das Rangverhältnis maßgebenden Tatsachen, die sich aus dem Grundbuch ergeben; es obliege ihm aber nicht, die Richtigkeit von rechtlichen Schlußfolgerungen zu bezeugen, die aus diesen Tatsachen gezogen werden sollen.

Dem berechtigten Verlangen des Hypothekgläubigers, eine klare, auch dem Laien verständliche amtliche Bestätigung über den Rang seiner Hypothek zu erhalten, wird also nur dadurch Rechnung getragen werden können, daß der Notar auf der Hypothekbestellungsurkunde im Anschluß an die Bestätigung des Grundbuchamts vermerkt, welche Rechte der Hypothek des vorgetretenen Gläubigers vorgehen.

Notar **Weinkamm** in Mühldorf.

Verminderung der formalen Geschäfte bei den Justizbehörden. Der Herausgeber dieser Zeitschrift hat in Nr. 23 auf S. 457 darauf hingewiesen, daß eine erhebliche Verminderung des Schreibwerks und der mehr mechanischen Arbeit erreicht werden könnte, wenn von dem „Ersuchen um Rechtshilfe" seltener Gebrauch gemacht würde. Damit ist ein Mißstand berührt worden, der wohl eine nähere Besprechung rechtfertigt. Wohl jeder Richter, der mit der Erledigung von Rechtshilfesachen befaßt war, wird bestätigen, daß sehr häufig der Weg der Rechtshilfe gewählt wird, obwohl sich durch schriftliche Anfragen leicht der nämliche Erfolg erzielen ließe, oder in Fällen, in denen eine Anhörung der Parteien überhaupt nicht nötig ist.

Da wird z. B. ersucht, „mit den Eheleuten H. das in ihrer Ehe geltende Güterrecht festzustellen", oder „den H. um die Adresse des G. zu befragen", „den Vater eines unehelichen Kindes zu hören, ob er mit Unterhaltsbeiträgen im Rückstand ist", „die Kindsmutter zu befragen, wo ihr Kind in Pflege ist", „vom Vormund einen Erziehungsbericht entgegenzunehmen". Hierher gehört ferner die Benachrichtigung der Vermächtnisnehmer vom Testamentsinhalt, (vgl. § 34 Abs. 3 der NachlO.), dann das Ersuchen, jemanden „aus der Vormundschaft zu entlassen", auch wenn nicht das geringste Vermögen vormundschaftsgerichtlich verwaltet wurde, dann die so häufigen Ersuchen um Vernehmung **sämtlicher** gesetzlicher Erben, auch wenn von Anfang an in einwandfreier Weise feststeht, daß kein Nachlaß vorhanden ist.

Wie viel Aufwand an Zeit könnte dem Publikum erspart werden, wenn es die notwendigen Anfragen und Aufklärungen von den Gerichten schriftlich erhalten und erledigen könnte! In der Regel ist den Beteiligten mit einer schriftlichen Mitteilung, z. B. vom Anfall eines Vermächtnisses, viel mehr gedient, als mit einer mündlichen Bekanntgabe, die sie ja doch gleich wieder vergessen. Der Einwand, daß die Parteien auf schriftliche Anfragen sehr häufig keine Antwort geben, ist nicht stichhaltig; diejenigen, die solche Anfragen unbeantwortet lassen, folgen häufig auch nicht den Ladungen zu Gericht.

Bei Gerichten, an denen die K. Bank das Hinterlegungswesen besorgt, kommen häufig Ersuchen ein, „den heute an die K. Bank gesendeten Betrag dem N. N. auszuhändigen".

Welche Umständlichkeiten sind damit verbunden! Das Gericht schickt das Geld an die Bank, gleichzeitig die Akten an das ersuchte Gericht, mit dem Ersuchen um Hinausgabe des Geldes. Die Bank benachrichtigt vom Eingange des Geldes das ersuchte Gericht. Dieses erläßt Ausgabemandat an die Bank, Erhebungsanweisung an den Empfänger. Ist das Geld erhoben, so schickt die Bank Vollzugsanzeige an das ersuchte Gericht, das dann die Akten wieder zurücksenden kann! An unnötigen Kosten sind entstanden: die Auslagen für die zweimalige Aktenversendung und die Depositalgebühr der Bank. Ist das nicht ein höchst „einfacher Betrieb"? Könnte nicht das Geld

den Berechtigten häufiger unmittelbar durch Postanweisung 2c. geschickt werden?

Zum Schlusse noch eine Bemerkung: Wer hat sich noch nicht geärgert über ein „Ersuchen um sachgemäße Einvernahme"?

Etwas mehr Entgegenkommen könnte der ersuchte Richter wohl erwarten! Während der Richter, der seine Akten kennt, mit ein paar Worten oder Zeilen dem ersuchten Richter die notwendigsten Anhaltspunkte geben könnte, überläßt er es diesem, die oft sehr umfangreichen Akten selbst zu studieren und zu erraten, welche Erklärungen und Feststellungen der ersuchende Richter für notwendig oder wünschenswert hält. Sollen Verhandlungen aus Anlaß des Eintrittes der Volljährigkeit beim ersuchten Gerichte gepflogen werden, so wird häufig die Uebersendung einer übersichtlichen Schlußrechnung unterlassen und es findet sich nur der Vermerk: „Anderes Vermögen als aktenmäßig besitzt Mündel nicht." Der ersuchte Richter ist dann genötigt, selbst eine Schlußrechnung aus den Akten zusammenzustellen.

Wollen wir uns also gegenseitig etwas weniger „ersuchen", und wenn, — dann nicht „sachgemäß!"

Amtsrichter Stettner in München.

Aus der Praxis der Gerichte.

Reichsgericht.

A. Freiwillige Gerichtsbarkeit.[1])

Zu § 57 Abs. 1 Nr. 9 FGG., Beschwerde über die Auswahl des Vormunds. Die uneheliche Mutter hat kein Recht der Beschwerde gegen die Bestellung einer dritten Person zum Vormund ihres Kindes zu dem Zwecke, selbst als Vormund bestellt zu werden. Das BGB. bezeichnet in den §§ 1776—1778 die Personen, welche ein Recht darauf haben, zum Vormunde bestellt zu werden. Dazu gehört die uneheliche Mutter des zu bevormundenden Kindes nicht. Ist eine der gesetzlich zur Vormundschaft berufenen Personen übergangen, so gewährt ihr § 60 Nr. 1 FGG. das Rechtsmittel der sofortigen Beschwerde. Nach § 18 Abs. 2 FGG. ist das Gericht zu der Aenderung der Verfügung, die der sofortigen Beschwerde unterliegt, nicht befugt. Im Hinblick auf diese Lage der Gesetzgebung ist nicht anzunehmen, daß anderen Personen, die einen gesetzlichen Anspruch auf die Uebertragung der Vormundschaft nicht haben, das Recht eingeräumt sein sollte, eine Vormundschaftsbestellung wegen eines eigenen angeblichen Vorranges vor dem gewählten Vormunde mit der gewöhnlichen Beschwerde anzufechten und damit zunächst das Gericht zu der Prüfung zu veranlassen, ob etwa eine Aenderung der von ihm verfügten Vormundschaftsbestellung angezeigt sei (§ 18 Abs. 1 FGG.). Dies würde mit der Erwägung unvereinbar sein, die den Gesetzgeber bei der Vorschrift des § 60 geleitet hat, daß nämlich Verfügungen, die die Grundlage für die gesamte vormundschaftliche Verwaltung oder doch für die Tätigkeit des einzelnen Vormundes bilden, nicht zeitlich unbeschränkten Beschwerden ausgesetzt werden sollen (Denkschrift S. 51). Die jetzt zur Erörterung stehende Beschwerde will im Gegensatze hierzu die Befugnis der Beschwerdeführerin, die erfolgte Vormundschaftsbestellung anzufechten, mit der ausgesprochenen Absicht, selbst zum Vormunde bestellt zu werden, aus der Vorschrift des § 57 Abs. 1 Nr. 9 a. a. O. herleiten. Es mag dahingestellt sein, ob die Bestellung des Vormundes überhaupt als eine „Verfügung, die eine Entscheidung über eine die Sorge für die Person des Kindes oder des Mündels betreffende Angelegenheit enthält", im Sinne dieser Gesetzesvorschrift angesehen werden kann. Die Entstehungsgeschichte der von der Reichstagskommission in den § 57 eingeschaltenen Nr. 9 spricht dagegen, denn man hat in der Kommission nur an das Anwendungsgebiet der §§ 1631—1633 BGB. gedacht (Wellstein, Komm. z. FGG. Note zu Nr. 9 des § 57). Aber selbst wenn man den Kreis der fraglichen Entscheidungen weiter fassen und auf die Bestellung von Vormündern erstrecken dürfte, so geht ebenso aus dem Wortlaute wie aus der von der Reichstagskommission unverkennbar beabsichtigten Zweckbestimmung der Vorschrift hervor, daß es sich dabei nur um Wahrnehmung von Angelegenheiten des Kindes handeln kann, daß also eine Beschwerde nur demjenigen gegeben werden soll, welcher im Interesse des Kindes eine angeblich dieses Interesse verletzende Verfügung angreifen will und zur Erhebung der Beschwerde zugleich durch ein eigenes berechtigtes Interesse legitimiert ist. (Kommissionsbericht zu §§ 54—56 des Entwurfs, Schultzenstein in ZZP. 25 210, Wellstein FGG. S. 182, Josef FGG. S. 128, OLG. Colmar 20. April 1901, Recht 01 S. 357 Nr. 1374). Eine solche Beschwerde liegt hier nicht vor. Die Beschwerdeführerin macht lediglich ein eigenes Recht auf Berücksichtigung bei der Auswahl des Vormundes geltend. Zur Wahrung eines angeblichen Anspruches dieser Art ist die Beschwerde aus § 57 Abs. 1 Nr. 9 keinesfalls gegeben. (Beschluß des IV. ZS. vom 15. November 1906). — 1.

718

B. Zivilsachen.

I.

Darf der durch eine strafbare Handlung Verletzte Ueberführungsgegenstände beschlagnahmen? Uebt er durch ihre Wegnahme verbotene Eigenmacht? (BGB. §§ 858, 859 Abs. 2, § 127 StPO.). Der Kläger wurde, als er die B.-Straße zu B. entlang ging, von einem Gummiball, mit welchem der neunjährige Sohn des Beklagten vor dessen Schanklokal gespielt hatte, an den Kopf getroffen. Er nahm den Ball an sich, wurde aber von dem Beklagten zur Herausgabe des Balles aufgefordert. Kläger lehnte das mit der Begründung ab, er wolle den Ball auf die nächste Polizeiwache bringen und sich dort über den Unfug beschweren, Beklagter möge ihm dorthin folgen. Während des nun folgenden Wortwechsels nahmen zwei Schankgäste des Beklagten gegen den Kläger Partei, und im Verein mit diesen hat der Beklagte dem Kläger den Ball mit Gewalt weggenommen. Hierbei erlitt der Kläger Verletzungen. Er verlangt Schadensersatz. Das Landgericht hat den Klageanspruch dem Grunde nach für gerechtfertigt erklärt. Die Berufung des Beklagten ist zurückgewiesen worden, wobei die Sache zur weiteren Verhandlung und Entscheidung über den Betrag an das Landgericht zurückverwiesen wurde. Die Revision wurde verworfen.

Aus den Gründen: Der Beklagte hat die Rechtswidrigkeit seiner Handlung in Abrede gestellt, da er in Ausübung berechtigter Selbsthilfe gehandelt habe, nämlich um sich gegen verbotene Eigenmacht des Klägers zu schützen (BGB. § 858, § 859 Abs. 2). Dieser Einwand wird vom Berufungsgericht verworfen. Die Angriffe der Revision können keinen Erfolg haben. — Der Kläger, der mit Wegnahme des Balles dem Besitzer ohne dessen Willen den Besitz entzogen hatte, muß allerdings, um die Annahme der Widerrechtlichkeit zu beseitigen, darlegen, daß das Gesetz ihm die Besitzentziehung gestattete (§ 858

[1]) Entsch. nach § 28 Abs. 2, 3 FGG.

Abs. 1 BGB.). Einer verbotenen Eigenmacht des Klägers gegenüber hätte der Beklagte jedenfalls vermöge seiner Befugnisse als gesetzlicher Vertreter seines Sohnes (BGB. §§ 1627, 1630[1]) nach Maßgabe von § 859 des BGB. den Besitzschutz ausüben dürfen. — Es kann dahingestellt bleiben, ob auf Seiten des Klägers die gesetzlichen Voraussetzungen eines Selbsthilferechts nach § 229 BGB. vorlagen, ob ihm insbesondere ein privatrechtlicher Anspruch zugestanden hat, dessen Befriedigung im Wege der Selbsthilfe gesichert werden konnte. Denn die Berechtigung des Klägers, den Ball zu dem Zwecke wegzunehmen, um ihn der Polizeibehörde zu übergeben, ist aus einem anderen Gesichtspunkte begründet. Dem Kläger war unversehens ein Ball an den Kopf geflogen, so heftig, daß er Schmerzen empfand. Die Annahme des Berufungsgerichts, der Kläger habe nicht gewußt, wer der Täter sei, ist prozeßrechtlich nicht zu beanstanden. Der Kläger wollte sich wegen der ihm widerfahrenen Unbill bei der Polizei beschweren und zu diesem Behufe den Ball auf die nächste Polizeiwache bringen. Daß in einem solchen Falle derjenige, welchem auf öffentlicher Straße ein Gegenstand an den Kopf geworfen wurde, für befugt gelten müsse, diesen Gegenstand an sich zu nehmen und der Polizeibehörde zu übergeben, ist eine natürliche Forderung des Rechtsschutzes. Und diese Befugnis läßt sich denn auch nach der bestehenden Rechtsordnung, wenn nicht aus den Bestimmungen des bürgerlichen Rechtes (§§ 227 bis 229 BGB., vgl. Entsch. des Reichsgerichts in Strafsachen Bd. 34 S. 154 ff., Bd. 35 S. 403 ff.), so doch im Wege der entsprechenden Anwendung des § 127 StPO. für den gegebenen Fall als gesetzmäßig begründen. Es ist von der Rechtslehre und Rechtsprechung angenommen, daß die Befugnis zur vorläufigen Festnahme einer Person nach § 127 StPO. auch das Recht (als das Mindere) mitumfaßt, dem Festzunehmenden die in seinem Gewahrsam befindlichen, zu der strafbaren Tat in Beziehung stehenden Sachen, namentlich Ueberführungsstücke, abzunehmen, zu beschlagnahmen; und es wird ein solches Beschlagnahmerecht auch für den Fall anerkannt, wo von der Festnahme Abstand genommen wird, weil der Betreffende sich der Festnahme nicht freiwillig unterwirft, oder sich der Sache zu entäußern sucht. Daß hier die Voraussetzungen des § 127 StPO. vorlagen, hat das Berufungsgericht ohne Rechtsverstoß angenommen. Der objektive Tatbestand einer strafbaren Handlung, auf deren Beschaffenheit es im übrigen hier nicht ankam, war gegeben, nämlich einer, wenigstens fahrlässigen, Körperverletzung oder doch eines das Publikum gefährdenden groben Unfugs. Der Täter war „auf frischer Tat betroffen"; als solcher stellte sich dem Kläger zunächst ein ihm unbekannter Knabe dar, welcher den Ball wieder zurückhaben wollte. Nach der Annahme des Berufungsgerichts hätte sich der Sohn des Beklagten mit seinem Balle sicherlich entfernt, wäre der Kläger erst zur Polizeiwache gegangen, anstatt den Ball an sich zu nehmen. Darnach lag, wenn nicht Fluchtverdacht, so der Fall vor, daß die Persönlichkeit des Täters nicht sofort festgestellt werden konnte. Denn dazu mußte eine gewisse Gewähr für die richtige Feststellung geboten sein (Entsch. des RG. in Straff. Bd. 27 S. 198 ff.; Stenglein, Komm. zur StPO. § 127 Anm. 1 Abs. 3); und diese Gewähr war auch damit nicht ohne weiteres gegeben, daß der von dem Knaben herbeigerufene Beklagte sich als dessen Vater vorstellte und dem Kläger Namen oder Wohnung angab. Darauf, ob der Täter, namentlich im Hinblick auf sein jugendliches Alter, strafrechtlich verfolgbar sei, kam es nicht an. (Löwe-Hellweg, Komm. § 127 Anm. 2). — Der Kläger wäre also befugt gewesen, den Sohn des Beklagten behufs der Identifizierung und Feststellung des Sachverhaltes der Polizeibehörde vorzuführen. Er hat dies nicht unternommen, sondern nur die für den Betroffenen jedenfalls weit weniger empfindliche Maßnahme gewählt, daß er den Ball als Beweisstück für die beabsichtigte Anzeige zur Polizeistation bringen wollte; und er hat, als der Beklagte hinzukam und ihm den Ball abforderte, diesem vorgeschlagen, er solle gemeinsam mit ihm zur Polizeiwache gehen, was nach der nicht zu verwerfenden Ansicht des Berufungsgerichts das einzige Mittel gewesen wäre, den Streit zu schlichten und jeder Partei zu ihrem Rechte zu verhelfen. Keinenfalls kann unter diesen Umständen von einem rechtswidrigen Handeln, einer verbotenen Eigenmacht des Klägers die Rede sein. (Urt. des VI. ZS. vom 29. November 1906, VI 141/06).

712 — — n

II.

Kann die Zustellung eines Urteils an den Nebenintervenienten oder durch den Nebenintervenienten die Rechtsmittelfrist in Lauf setzen? Ein vom Oberlandesgericht in der Berufungsinstanz erlassenes Urteil wurde am 22. August 1906 vom Prozeßbevollmächtigten des Klägers dem Prozeßbevollmächtigten des Nebenintervenienten und am 28. August 1906 durch den Prozeßbevollmächtigten des Nebenintervenienten dem Vertreter des Klägers zugestellt. Nach diesen Zustellungen starb der Nebenintervenient. Sein Prozeßvertreter beantragte beim Reichsgerichte, das Verfahren hierwegen nach § 246 ZPO. auszusetzen. Das Reichsgericht wies den Antrag ab.

Gründe: Beide Zustellungen können als wirksam in dem Sinne, daß sie die Berufungsinstanz abschlossen und den Lauf der Revisionsfrist eröffneten, nicht angesehen werden. Die erste Zustellung deshalb nicht, weil nach feststehender Rechtsprechung des Reichsgerichts die Zustellung des Urteils an den Nebenintervenienten die Rechtsmittelfrist nicht in Lauf setzen kann, vielmehr die Zustellung stets an die Hauptpartei erfolgen muß, die zweite Zustellung deshalb nicht, weil das Berufungsurteil in überwiegendem Maße zu Ungunsten der vom Nebenintervenienten unterstützten Hauptpartei lautet und deshalb der Nebenintervenient zum Betriebe der Urteilszustellung als einer der Hauptpartei nachteiligen Prozeßhandlung nach § 67 ZPO. nicht berechtigt war (vgl. Skonietzki-Gelpcke Komm. z. ZPO. Anm. 2 lit B. zu § 67 S. 169).[1] Hiernach war zur Zeit des Todes des Nebenintervenienten das Verfahren in der Berufungsinstanz noch nicht beendet. Das Reichsgericht ist daher keinesfalls zur Anordnung der Aussetzung des Verfahrens zuständig. (Beschluß des V. ZS. vom 24. Okt. 1906, V 146/06).

707 — — n.

III.

Zu § 138 Abs. 2 BGB. Die Annahme eines Wuchergeschäftes wird nicht dadurch ausgeschlossen, daß der Wucherer bei Aufrechterhaltung des Geschäftes infolge später eingetretener Umstände selbst zu Schaden kommt. Der Kläger hat gegen die Beklagte aus einem von ihrer Tochter, der Ehefrau W., ausgestellten, von ihrem Schwiegersohn, dem Ehemann W. akzeptierten und von der Ausstellerin und der Beklagten in blanko girierten Wechsel Klage auf Zahlung der Wechselsumme von 5000 Mk. erhoben. Kläger soll nämlich unter Ausbeutung der Notlage ihres in Geldverlegenheit befindlichen Schwiegersohnes W. diesem gegen den Wechsel und gegen Sicherstellung

[1] Die Frage ist nicht immer in diesem Sinne entschieden worden (vgl. Neumiller, 2. Aufl., zu § 67 und zu § 516 ZPO.).

durch Hypotheken ein Darlehen von 5000 Mk. gewährt und sich dabei ausbedungen haben, daß W. ihm ein Grundstück, das Kläger ³/₄ Jahr vorher für 19000 Mk. gekauft hatte und dessen wahrer Wert nach der Feststellung des Vorderrichters 21300 Mk. betrug, für 30000 Mk. abkaufte. Klage und Berufung wurden zurückgewiesen. Die Revision blieb erfolglos.

Aus den Gründen: Der Vorderrichter hat einwandfrei festgestellt, daß sich W., der Akzeptant des Wechsels, Anfang Februar 1904 in einer Notlage befand und daß Kläger in Kenntnis und unter Ausbeutung der Not sich für das dem W. gewährte Wechseldarlehen Vermögensvorteile versprechen ließ, die den Wert seiner Leistung dergestalt überstiegen, daß sie den Umständen nach zu letzterer in auffälligem Mißverhältnisse standen. Ein auffälliges Mißverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung konnte ohne Rechtsirrtum darin gefunden werden, daß Kläger den Hauskauf zur Bedingung des Darlehens machte und sich dabei einen Kaufpreis ausbedang, der den wahren Wert des Grundstückes um 5000 Mk. überstieg. Daß sich die bestellten Sicherheiten nachträglich als wertlos herausgestellt haben und der Kläger wegen gegenwärtiger völliger Insolvenz der Gegenkontrahenten auch bei Aufrechterhaltung des Geschäftes durch letzteres benachteiligt erscheint, schließt den Begriff des Wuchers nicht aus. Es kommt darauf an, ob sich das Geschäft nach der zur Zeit der Eingehung gegebenen Sachlage als wucherlich darstellt, und diese Frage konnte bejaht werden, da nichts dafür vorliegt, daß Kläger damals nicht die Erfüllung seitens der Gegenkontrahenten für gesichert hielt und halten durfte. (Urt. v. 13. Juni 06. I 60/06). Kr.

658

IV.

Unterschied zwischen einstweiliger Verfügung nach § 627 ZPO. und Arrest zur Unterhaltssicherung. Kein Verbindungsverbot nach § 615 ZPO. In einem beim LG. München I anhängigen Scheidungsprozeß der Frau des chinesischen Zollbeamten G. gegen ihren Mann (einen Deutschen) beantragte die Klägerin unmittelbar nach der Klagestellung, die in München stattfand, Zuweisung einer monatlichen Unterhaltsrente von 100 Mk. mittels einstweiliger Verfügung. Ehe noch hierüber beschlossen war, beantragte die Klägerin weiter Arrestanlage zur Sicherung ihrer künftigen Unterhaltsforderung zu 3000 Mk., weil der Beklagte seinen Wohnsitz in Kanton (China) aufgegeben und demgemäß an seinem deutschen Aufenthaltsort M. den allgemeinen Gerichtsstand habe; er beabsichtige wieder in das Ausland zu gehen, und es sei deshalb die Unterhaltsforderung der Klägerin um so mehr gefährdet, als der Vollzug eines amtsgerichtlichen Arrests durch Bargeldpfändung den Unterhalt nur für etwa 2 Jahre gesichert habe. Die Erwirkung des Arrests für weitere 3000 Mk. sei behufs Pfändung einer Forderung des Beklagten gegen die G. & S. Bank in Hamburg nötig. Das LG. gab den beiden Anträgen in einem einheitlichen Beschlusse statt. Im weiteren Prozeßlauf ergab sich, daß der Beklagte schon vorher beim LG. B. Herstellungsklage erhoben hatte, und daß letzteres Gericht tatsächlich allein für die Eheklagen der Parteien zuständig war; die Klägerin zog deshalb die zum LG. M. gerichtete Scheidungsklage zurück. Darauf erhob der Beklagte gegen die einstweilige Verfügung samt Arrest Widerspruch u. a. mit der Begründung, es stehe fest, daß eine ehegerichtliche Zuständigkeit in M. niemals bestanden habe. Die Klägerin gab dies zu, hatte auch gegen die Aufhebung der einstweiligen Verfügung nichts zu erinnern, bestritt aber die Begründetheit des Arrestwiderspruchs. Das LG. erkannte bezüglich der einstweiligen Verfügung auf Aufhebung, bestätigte dagegen den Arrest. Es führte aus, der Arrest sei nicht „im Vollzug“ der einstweiligen Verfügung ergangen, was prozessual unverständlich wäre, da der Arrest selbst Vollstreckungstitel sei. Den Arrest habe das LG. vielmehr selbständig als Gericht der Hauptsache für den künftigen Unterhaltsprozeß aus § 1578 BGB. erlassen; hierfür komme § 627 ZPO. nicht in Betracht, wenn auch die Verbindung beider Beschlüsse sachgemäß gewesen sei; das Verbindungsverbot des § 615 ZPO. gelte für einstweilige Verfügungen nicht. Seien die Ausführungen des Beklagten über Unanwendbarkeit des § 16 ZPO. richtig, so habe er damals jedenfalls in M. Vermögen besessen und zwar in erster Linie eine Rückgabeforderung gegen die Hinterlegungsstelle in M. hinsichtlich des ihm arrestweise abgepfändeten Geldes (§ 23 ZPO.). Diese Forderung und damit die Zuständigkeit des LG. in M. bestehe auch heute noch, da ja der Beklagte wieder im Ausland sei und bestreite, seinen Wohnsitz in Kanton jemals aufgegeben zu haben. Sachlich sei zur Aenderung des Arrests kein Anlaß, weil selbst bei Herabsetzung der Monatsrente auf 78 Mk. der zu sichernde Gesamtbetrag, der für die Lebenszeit der Klägerin reichen müsse, eine Minderung umsoweniger erfahren könne, als die Arrestsumme von 3000 Mk. nicht für bestimmte Monate ausgeworfen worden sei. Die Berufung wurde zurückgewiesen, wobei das OLG. insbesondere ausführte, daß das Verbindungsverbot des § 615 ZPO. sich auf Anträge nach § 627 nicht erstrecke, übrigens hier nur zur Trennung, nicht zur Abweisung führen könnte, da die Verbindung durch das Gericht von Amts wegen vorgenommen worden sei. Auch die Revision blieb erfolglos.

Aus den Gründen: Die Revision macht geltend, das LG. M. sei nicht Gericht der Hauptsache nach § 943 ZPO., weil der Arrest nur ein Nebenanspruch der Scheidung sei, jedenfalls aber nicht feststehe, daß Beklagter zur Zeit der künftigen Erhebung der Unterhaltsklage keinen Wohnsitz im Deutschen Reich haben werde. Bei diesen Ausführungen steht der Revision Abs. 2 des § 549 ZPO. n. F. entgegen, da beide Vorinstanzen sich für die örtliche Zuständigkeit entschieden haben und der Rechtsstreit einen vermögensrechtlichen Anspruch betrifft. Der Versuch, die Zulässigkeit der Rüge daraus herzuleiten, daß von der Zuständigkeit des Gerichts zugleich die Zulässigkeit des Arrests abhinge und daß diese schon mit Rücksicht auf die Betagtheit und teilweise Bedingtheit des für eine unabsehbare künftige Zeit erhobenen Unterhaltsanspruchs bestritten werden könne, scheitert daran, daß die Zulässigkeit des Arrestes eine Voraussetzung, nicht aber eine Folge der Gerichtszuständigkeit ist, geht aber auch insofern fehl, als die Betagtheit des Anspruchs nach § 916 ZPO. den Arrest nicht ausschließt, die Bedingtheit aber nach § 916 Abs. 2 der Zulässigkeit des Arrests nur entgegensteht, wenn der bedingte Anspruch wegen der entfernten Möglichkeit des Eintritts der Bedingung einen gegenwärtigen Vermögenswert nicht hat. In letzterer Beziehung aber hat das Berufungsgericht eine Veranschlagung des Anspruchs vorgenommen, danach den Betrag der Sicherstellung bemessen und, da es sich hierbei auf tatsächlichem Gebiet bewegt, der Revision keinen Grund zu einer Rechtsbeschwerde gegeben. (Urt. v. 18. Okt. 1906; IV 122/06). N.

694

V.

Zu §§ 459 Abs. 2 und 462 BGB. Die Vorschriften über Wandelung finden nur Anwendung, wenn der Sache z. Z. des Ueberganges der Gefahr die zugesicherten Eigenschaften fehlen. Die Parteien können die Anwendung dieser Vorschriften nicht durch Vertrag auf den Fall ausdehnen, daß eine beim Uebergange der Gefahr vorhandene Eigenschaft später wegfällt. In einer

solchen Verabredung liegt vielmehr ein Garantievertrag, der nicht den Vorschriften der §§ 459 ff. BGB. unterliegt.[1]) Der Kläger hat von den Beklagten ein Grundstück durch Kauf und Auflassung im Jahre 1902 für 55000 Mk. erworben. Das Grundstück lag in der ländlichen Gemeinde H., wo geschlossene Bebauungsweise galt, d. h. Haus an Haus gebaut werden konnte; doch war bereits die Eingemeindung von H. in N. festgesetzt. Sie wurde am 1. Januar 1903 vollzogen. Bei den Kaufverhandlungen hatten die Beklagten eine Planskizze vorgelegt, nach der die Bebauung mit sieben Häusern vorgesehen war. Der Kläger reichte ein Baugesuch ein, nach dem das Grundstück geschlossen bebaut werden sollte, erhielt aber nicht die Genehmigung, weil durch die Lage des Baues der angemessenen Fortführung des Ortsbauplans Hindernisse entstehen würden, und weil das Projekt nicht der durch ortspolizeiliche Verordnung vorgeschriebenen offenen Bauweise entspreche. Bei offener Bauweise müssen zwischen den Häusern Zwischenräume bleiben. Der Kläger verlangt jetzt Auflösung des Kaufvertrags und Mitwirkung der Beklagten zur Rückauflassung des Grundstücks. Er behauptet, daß die Beklagten die Zulässigkeit geschlossener Bebauung zugesagt hätten. Der erste Richter hat die Klage abgewiesen; dagegen hat der Berufungsrichter nach dem Klagantrage verurteilt. Die Revision der Beklagten hatte Erfolg.

Aus den Gründen: Die Klage ist darauf gegründet, daß die Beklagten als Eigenschaft des Grundstücks zugesichert hätten, daß es in geschlossener Bauweise bebaut werden könne. Aus den Zusicherungen leitet der Kläger den Anspruch auf Wandelung des Kaufvertrags her. (§§ 449 ff. BGB.) Der Berufungsrichter hält diesen Anspruch nach §§ 459 Abs. 2, 462 BGB. für begründet. Er verkennt nicht, daß diese Gesetzesstellen an sich nur dann Anwendung finden, wenn der Sache zur Zeit des Uebergangs der Gefahr die zugesicherten Eigenschaften fehlen, er meint aber, daß die Beteiligten diesen Zeitpunkt — ohne daß jene Vorschriften dadurch unanwendbar würden — anders bestimmen können, sodaß z. B. die Wandelung auch dann zulässig sei, wenn das Fortbestehen einer zur Zeit des Gefahrübergangs bestehenden Eigenschaft oder das Eintreten einer zu dieser Zeit nicht vorhandenen Eigenschaft für die Zukunft zugesichert ist. Dieser Ansicht kann nicht beigetreten werden; denn dann sind die Voraussetzungen der §§ 459 ff. BGB. nicht vorhanden und das Gesetz bietet nicht den geringsten Anhalt dafür, daß deren Anwendung auf Fälle der vorliegenden Art von den Beteiligten vereinbart werden könnte. Nur die Zusicherung von Sacheigenschaften, die in der Gegenwart (zur Zeit des Gefahrübergangs) vorhanden sein oder in der Vergangenheit bestanden haben sollen, rechtfertigt die Anwendung der §§ 459 ff. BGB. Zusicherungen, daß eine zur Zeit des Gefahrübergangs vorhandene Eigenschaft auch in Zukunft fortdauern oder daß eine nicht vorhandene Eigenschaft in Zukunft vorhanden sein werde, sind Gegenstand eines Garantievertrags, der völlig anderen Regeln folgt als denen der §§ 459 ff. Um solche Zusicherungen handelt es sich hier. Die geschlossene Bauweise war zur Zeit der Auflassung zulässig; sie wurde erst etwa ein Jahr später durch die Polizeiverordnung unzulässig. (Urt. des V. ZS. v. 6. Oktober 1906, V 6/06). — — n.

704

---

[1]) A. M. anscheinend Staudinger-Kober, Bem. IV 10 zu § 459: „Selbstverständlich kann aber der Zeitpunkt der Haftung vertragsmäßig anderweitig bestimmt werden."

C. Strafsachen.

I.

Aufklärungspflicht des Vorsitzenden. Unzulässige Vorwegnahme des Beweisergebnisses. Beurkundung des Beweisantrags. (§§ 243, 273 StPO.). Der Verteidiger hatte am Schlusse der Hauptverhandlung, in der eine vorsätzliche Körperverletzung in Frage stand, die Verurteilung wegen fahrlässiger Körperverletzung und vorsorglich die Vertagung beantragt. Aus welchem Grunde der letztere Antrag gestellt wurde, scheint nicht ausdrücklich gesagt worden zu sein; in dem Sitzungsprotokolle ist darüber nichts vermerkt. Es genügte aber, daß sich der Inhalt des Antrags aus dem Zusammenhange des Verfahrens mit Notwendigkeit ergab, so daß der Antragsteller voraussetzen konnte, das Gericht werde den Antrag auch richtig auffassen. Bestand über seine Tragweite ein Zweifel, so hatte der Vorsitzende die Pflicht, durch Befragung auf die Klarstellung hinzuwirken (Entsch. d. RG. Bd. 13 S. 316), und wenn sachgemäße Erklärungen nicht abgegeben wurden, dies im Protokoll vermerken zu lassen. Wie das Protokoll ausweist, ist eine derartige Befragung nicht erfolgt. Es ist daher die Annahme berechtigt, daß das Gericht keinen Zweifel hatte, weswegen die Vertagung erbeten wurde (vgl. Entsch. Bd. 38 S. 127). Es war deshalb verpflichtet, auf den Antrag einen Beschluß zu fassen und entweder sofort zu verkünden oder in das Urteil aufzunehmen. Beides ist nicht geschehen.

Die Revision rügt nun, daß der vom Angeklagten in der Hauptverhandlung beantragte Beweis über das Vorliegen eines Schreckschusses nicht erhoben wurde. Aus dem Sitzungsprotokoll ist nicht zu entnehmen, daß ein solcher Antrag gestellt wurde. Die Akten lassen aber die Stellung eines solchen Antrags kurz vor der Hauptverhandlung und weiter ersehen, daß der Vorsitzende die Ladung der benannten Zeugen als unerheblich abgelehnt hatte. Demnach ist es höchst wahrscheinlich, daß der Verteidiger den Antrag in der Hauptverhandlung wiederholte, daß also der vom Gerichte nicht beschiedene Antrag eben jener in der Revisionsbegründung erwähnte, nach § 273 Abs. 1 StPO. durch das Sitzungsprotokoll vollständig zu beurkundende Beweisantrag war, zumal sonst der vom Verteidiger an erster Stelle gestellte Antrag auf Verurteilung wegen fahrlässiger Körperverletzung unverständlich war. Jedenfalls läßt sich nach der Lage der Sache die Stellung dieses Beweisantrags durch das Sitzungsprotokoll nicht widerlegen. Die Urteilsgründe erklären die Behauptung des Angeklagten, er habe nur einen Schreckschuß abgefeuert, für unglaubwürdig und nehmen an, er habe treffen wollen. Darin liegt eine unzulässige Vorwegnahme des Beweisergebnisses. Die Verurteilung wegen vorsätzlicher Körperverletzung konnte daher nicht aufrecht erhalten werden. (Urt. des V. StS. vom 12. Oktober 1906, 5 D 540/06).

675 — — — e —

II.

Abbildungen in einem Kataloge. Belehrungszweck. (§ 1 Nr. 3, § 38 Nr. 1 des G. vom 19. Juni 1901). Der Angeklagte hat nach dem Urteile die näherbezeichneten Figuren aus dem Kataloge des Brunnenfabrikanten B. ohne dessen Einwilligung vorsätzlich in seinem Kataloge nachgebildet, vervielfältigt und gewerbsmäßig verbreitet; die nachgebildeten Figuren verrieten eine selbständige geistige Produktion und verfolgten technische Zwecke, waren somit geeignet, objektiv der Belehrung zu dienen, und ihrem Hauptzwecke nach nicht Kunstwerke. Ob Kataloge nur dann unter den Schutz des G. vom 19. Juni 1901, betr. das Urheberrecht an Werken der Literatur und Tonkunst, fallen, wenn sie Ausführungen belehrenden Inhalts bringen,

braucht nicht untersucht zu werden. Es handelt sich für diese Instanz nur um den Schutz der Abbildungen. Daß aber diese dem Zwecke der Belehrung zu dienen geeignet waren, darüber braucht sich der Vorderrichter nicht besonders auszusprechen. Das Reichsgericht hat sich über den Belehrungszweck eingehend in der Entsch. Bd. 34 S. 431 geäußert und in dem 1. Abschnitte der Begründung hinreichend klar ausgesprochen, daß der belehrende Zweck nicht zur gesetzlichen Voraussetzung des Schutzes der Abbildungen in der Weise gemacht sei, daß er in jedem Einzelfalle in der Person des Urhebers zutreffen müsse, daß er vielmehr vom Gesetze lediglich im Sinne einer den Zeichnungen und Abbildungen „ihrer innern Natur nach" immanenten Eigenschaft behufs ihrer Gleichstellung mit den Schriftwerken verwertet werde. Aus den Gesetzesmaterialien ist nachgewiesen, daß der Schutz des Urheberrechts solchen Abbildungen gewährt werden sollte, bei denen „mehr" ein wissenschaftlicher als ein künstlerischer Zweck obwaltete, indem sie dazu bestimmt seien, zu belehren, sich aber ihrer innern Natur nach nicht als Werke der Kunst darstellten. In dem 2. Abschnitte der Gründe geht die Entscheidung auf die bisherige Rechtsprechung des Reichsgerichts ein und weist nach, daß auch sie den Belehrungszweck nicht in dem Sinne aufgefaßt hat, daß der Urheber immer auch subjektiv den Zweck der Belehrung verfolgt haben müsse. Diese den § 43 des damals gültigen Ges. über das Urheberrecht an Schriftwerken vom 11. Juni 1870 betreffende Entscheidung paßt auch auf die jetzt gültige Vorschrift des § 1 Nr. 3 des Ges. vom 19. Juni 1901 (vgl. Entsch. d. RG. Bd. 35 S. 328). Dessen Motive nehmen ausdrücklich auf § 43 des früheren Gesetzes Bezug. (Urt. des V. StS. vom 28. September 1906, 5 D 436/06).

674 — — — e —

III.

Urkundenunterdrückung. Nachteil im S. des § 274 Nr. 1 StGB. Daß der von der Angeklagten vernichtete Brief eine der Frau R. gehörende Urkunde war, ist mit Recht angenommen. Der Brief war von der Angeklagten durch die Post an Frau R. übersandt und von dieser angenommen worden; beide waren darüber einig, daß Frau R. den Brief öffnen, lesen und darüber verfügen solle; Frau R. war nach § 929 BGB. Eigentümerin des Briefes geworden. Dieser enthielt u. a. die Bezichtigung der R., sie habe Geld entwendet. Mit Recht ist hiernach angenommen, die R. habe ein rechtliches Interesse daran gehabt, daß der Brief nicht vernichtet, ihr nicht ein Beweismittel entzogen werde. Abgesehen davon, daß der Brief auch in einem gegen die R. wegen Diebstahls anhängig zu machenden Strafverfahren als Beweismittel für die Angeklagte von Wert hätte sein können, enthielt er nach den Feststellungen des Urteils objektiv eine Beleidigung der R., war also in deren Händen ein Beweismittel für den Fall, daß die R. gegen die Angeklagte eine Strafanzeige wegen Beleidigung einreichte. Es war ein Nachteil für die R., wenn ihr dies Beweismittel entzogen oder der Beweis der Beleidigung erschwert wurde. Daß die Angeklagte in dem wegen Beleidigung der R. gegen sie durchgeführten Verfahren aus subjektiven Gründen freigesprochen wurde, kommt ebensowenig in Betracht, wie der von der Revision behauptete Umstand, daß die Angeklagte gewußt habe, die R. könne sie nicht wegen Beleidigung zur Bestrafung bringen. Es war das Recht der R., wenigstens zu versuchen, eine Bestrafung der Angeklagten herbeizuführen, und es war ein Nachteil, wenn ihr dieser Versuch erschwert wurde. Die Angeklagte hat gerade in der Absicht gehandelt, diesen Versuch zu erschweren. (Urteil des V. StS. vom 21. September 1906, 5 D 431/06). — — — e —

673

IV.

Wahrnehmung berechtigter Interessen. Prüfung der Frage in der Person des Täters, nicht des Anstifters (§§ 193, 48 StGB.). Der Angeklagte ist wegen Anstiftung zu einer Beleidigung verurteilt worden. Wenn nun das Urteil ausführt, der Angeklagte habe nur deshalb durch seine Haushälterin die bezügliche Eingabe schreiben lassen, um sich an R. zu rächen, also nicht, um berechtigte Interessen bei der vorgesetzten Behörde des R. wahrzunehmen, so ist damit zwar auch zum Ausdrucke gebracht, daß es dem Angeklagten keineswegs um Erhaltung der öffentlichen Rechtsordnung, um die Bestrafung der Schuldigen, um die Vergeltung begangener Unbill zu tun war, sondern daß er allein aus Rachsucht, also nicht zur Wahrnehmung berechtigter Interessen, gehandelt hat (vgl. Rechtspr. d. RG. Bd. 8 S. 524, Entsch. Bd. 20 S. 104). Da aber die Strafbarkeit des Anstifters davon abhängt, daß der Angestiftete die strafbare Handlung verübt hat, zu der er bestimmt wurde, bedurfte es einer selbstständigen Feststellung des von der Haushälterin verübten Vergehens. Ihre Strafbarkeit hängt jedoch davon ab, daß sie mit dem Vorsatze der Beleidigung handelte. Wollte die Haushälterin als Täterin, wie das Urteil als Inhalt ihrer Aussage feststellt, nur das Recht ausüben, der vorgesetzten Behörde des R. Kenntnis von dessen sittlichen Verfehlungen zu geben, so hätte sie auf den Schutz des § 193 StGB. Anspruch (vgl. Entsch. Bd. 29 S. 6). In Ansehung ihrer mußte daher nachgewiesen werden, daß sie nicht zur Ausführung eines Rechtes oder zur Wahrnehmung berechtigter Interessen handelte. Dabei konnte ihren Motiven Bedeutung zukommen; auf die Beweggründe des Anstifters und auf den von diesem verfolgten Endzweck kam es dagegen nicht an (Urteil d. V. StS. vom 30. Oktober 1906, 5 D 478/06). — — — e —

698

V.

Unterschlagung. Aufrechnung. Zivilrechtlicher Irrtum. (§§ 246, 59 StGB., § 387 BGB.). Die Angeklagte wurde wegen Unterschlagung eines Betrags von 19,75 Mk., den sie für ihren Dienstherrn eingenommen hatte, bestraft. Die Revision ficht die Verurteilung an, weil die Angeklagte einen höheren Gegenanspruch für Gehalt gehabt und jenen Betrag in der Absicht der Verrechnung an sich genommen habe. Der äußere Tatbestand des § 246 StGB. ist gegeben. Denn der Angeklagten stand gegen ihren Dienstherrn ein Forderungs-, diesem aber gegen sie ein dinglicher Anspruch zu. Voraussetzung der Aufrechnung ist aber nach § 387 BGB., daß die wechselseitig obliegenden Leistungen ihrem Gegenstande nach gleichartig sind. Die Herausgabe einer bestimmten Sache unterscheidet sich aber wesentlich von der Zahlung einer Geldsumme. (Vgl. Entsch. d. RG. Bd. 6 S. 125.) Dagegen gibt die Feststellung des subjektiven Tatbestands zu Bedenken Anlaß. Zwar stellt der Erstrichter das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit bei der Angeklagten fest, die gewußt habe, daß sie mit der Aneignung des Betrags von 19,75 Mk. in die Rechtssphäre ihres Dienstherrn als Eigentümers eingreife. Daneben wird aber als erwiesen bezeichnet, daß die Angeklagte die Absicht der späteren Anrechnung des Betrags auf den ihr zustehenden rückständigen Lohn hatte. Hatte die Angeklagte diese Absicht, so lag die Möglichkeit nahe, daß sie auch an die Berechtigung einer Verrechnung glaubte, und war sie bei ihrer Tat von einem Irrtum über diese Berechtigung geleitet, so handelte es sich um einen Irrtum über das Zivilrecht, der dem faktischen Irrtume gleich zu achten ist und nach § 59 StGB. das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit ausschloß. Die Prüfung, ob ein solcher Irrtum vorlag, durfte nicht umgangen werden. (Urt. d. V. Strafsenats vom 2. Okt. 1906, 5 D 348/06.) — — — e —

678

Oberstes Landesgericht.

Zivilsachen.

I.

Rechtspersönlichkeit der vor dem Inkrafttreten des Berggesetzes vom 20. März 1869 gegründeten Bergwerksgesellschaften in der Pfalz. (Code civil Art. 295, Bergges. Art. 237, EG. z. BGB. Art. 67, Französisches Gesetz vom 20. April 1870). Zur Ausbeutung des in dem Grubenfelde der Grube Fr. befindlichen Steinkohlenlagers besteht eine 1844 gegründete Gesellschaft namens „Fr. Kohlen-Bergwerks-Gesellschaft" mit dem Sitz in Z. Nach der Satzung ist die Gesellschaft „eine Zivilgesellschaft im Sinne des Code civil"; sie „unterliegt den Bestimmungen dieses Gesetzbuchs, soweit nicht das Wesen der Bergbaugesellschaft und die daraus nach dem geltenden Rechte sich ergebenden Normen oder die Satzungen anderes bestimmen" (Art. 2). Das Gesellschaftsvermögen ist in 3000 „Stämme" geteilt; die Anteilscheine sind voll eingezahlt und lauten auf die Namen ihrer Inhaber. Sie sind übertragbar. „Da sie kraft gesetzlicher Bestimmung Fahrniseigenschaft besitzen, können sie durch Akt unter Privatunterschrift übertragen werden, jedoch ist schriftliche Beurkundung erforderlich" (Art. 6). Die Stämme oder Anteilscheine sind der Gesellschaft gegenüber unteilbar (Art. 7). Die Geschäfte der Gesellschaft werden von einem aus 7 Mitgliedern bestehenden, durch die Generalversammlung gewählten „Verwaltungsrate" geführt (Art. 10). Zur Führung der laufenden Geschäfte und zur Leitung des Betriebs ernennt der Verwaltungsrat einen oder mehrere Direktoren. Der Bergwerksdirektor ist zugleich Repräsentant der Gesellschaft im Sinne des Art. 106 (138 n. F.) des Berggesetzes (Art. 17). In dem bergbehördlichen Hauptbuche des vormaligen Bezirksbergamts ist die Gesellschaft mit der Bezeichnung „August C., Rentner in F. und Genossen, Gesellschaft nach dem Code Napoleon", eingetragen. Bei der Anlegung des Grundbuchs für die StG. M., O. und H. wurde sie als rechtsfähig angesehen. Demgemäß wurden für ihren Grundbesitz Grundbuchblätter angelegt, auf denen sie als Eigentümerin eingetragen ist. Durch Vertrag vom 9. März 1906 haben die Bäckerseheleute J. und K. M. in H. das ihnen gehörige Grundstück Pl.-Nr. 1540 an die durch Direktor Fr. Sch. vertretene Gesellschaft verkauft. Beide Teile haben die Eintragung der Käuferin als Eigentümerin bewilligt und beantragt. Der Notar hat festgestellt, daß ihm die Rechtsfähigkeit der Gesellschaft und die Vertretungsbefugnis des Direktors bekannt seien. Das Amtsgericht W. hat die Eintragung abgelehnt, weil die Fr. Kohlenbergwerksgesellschaft nicht rechtsfähig sei. Die Beschwerde wurde zurückgewiesen. Der weiteren Beschwerde wurde stattgegeben.

Gründe: Da die Fr. Kohlenbergwerksgesellschaft vor dem Inkrafttreten des Bergges. vom 20. März 1869 gegründet worden ist, so ist durch dieses Gesetz nach dem Art. 237 (273 n. F.) — abgesehen von der Verpflichtung zur Bestellung eines Repräsentanten — in ihren Rechtsverhältnissen nichts geändert worden. Der von dem Berggesetz aufrechterhaltene Rechtszustand ist nach Art. 67 EG. z. BGB. von dem Inkrafttreten des BGB. unberührt geblieben und ebenso hat es die Landesgesetzgebung bei ihm belassen; die Aenderungen, die das Berggesetz durch Art. 157 AG. z. BGB. und das Ges. v. 30. Juni 1900 (GVBl. S. 745) erfahren hat, haben auf ihn keinen Bezug. Für die Frage der Rechtsfähigkeit der Fr. Kohlenbergwerksgesellschaft sind daher die Vorschriften maßgebend, die vor dem 1. Juli 1869 in der Pfalz für Bergwerksgesellschaften gegolten haben, neben den Vorschriften des Code civil über die Gesellschaft die Art. 8, 32 des französischen Bergwerksgesetzes (Loi concernant les mines, les minières et les carrières) vom 21. April 1810. Da der Bergwerksbetrieb nach Art. 32 des Ges. vom 21. April 1810 nicht zu den Handelsgeschäften gehört, sind die Bergwerksgesellschaften nicht Handelsgesellschaften sondern Gesellschaften des bürgerlichen Rechtes. Nach Art. 8 des angeführten Gesetzes gilt aber für sie ebenso wie nach Art. 529 C. c. für Handelsgesellschaften die Besonderheit, daß die Gesellschaftsanteile als bewegliches Vermögen angesehen werden. Daraus wird — teilweise unter Beschränkung dieser Vorschriften auf Gesellschaften mit körperschaftlicher Verfassung — gefolgert, daß die zum Gesellschaftsvermögen gehörenden Grundstücke nicht im Miteigentum der Gesellschafter stehen, sondern der Gesellschaft als besonderem Rechtssubjekte gehören, ihr also juristische Persönlichkeit zukommt. (Crome, Französ. Zivilrecht, 1892, 1 § 17 Ziff. 2 S. 147.) In Ansehung der Fr. Kohlenbergwerksgesellschaft, deren körperschaftliche Verfassung nach den oben angeführten Bestimmungen der Satzung keinem Zweifel unterliegt, schließt sich der Senat dieser Ansicht an. Die Gesellschaft ist rechtsfähig und kann daher unter ihrem Namen Grundstücke erwerben. (Beschl. des I. ZS. vom 25. Oktober 1906, Reg. III Nr. 50/06). K.

705

II.

Rückkaufsrecht. Begründung eines solchen mit dinglicher Wirkung? Bedeutung der Begründungsart für die Zulässigkeit der Eintragung des Rechtes in das Hypothekenbuch. (Gemeines Recht, Hypothekengesetz §§ 5 Abs. 2, 22, Nr. 7, 25 Abs. 2, Vollz.-Instr. § 25). Durch Antrag vom 13. Februar 1886 verkaufte das Eisenbahnärar mehrere an der Bahnlinie O.—C. gelegene Grundstücke an den Landwirt Georg K. in N. Dabei wurde vereinbart (§ 8 der Vertragsurkunde), daß dem Verkäufer das Recht vorbehalten sein solle, „den ganzen oder teilweisen Rückkauf der verkauften Grundstücke jederzeit verlangen zu können". Einen Antrag der Vertragschließenden auf Eintragung des Rückkaufsrechtes in das Hypothekenbuch enthält die Urkunde nicht. Nach anderen Bestimmungen des Vertrags (§§ 6, 10 der Urkunde) übernahm der Käufer „für sich und seine Besitznachfolger" gewisse die Art der Benützung der verkauften Grundstücke einschränkende Verpflichtungen. Bezüglich dieser Verfügungsbeschränkung wurde die Eintragung in das Hypothekenbuch beantragt, die auch sofort erfolgte. Am 7. April 1906 erklärten Johann und Barbara K. (vermutlich die Besitznachfolger des Georg K.) laut einer von der Ortsbehörde beglaubigten Privaturkunde, daß sie das Rückkaufsrecht des Eisenbahnärars anerkennen und die Eintragung dieses Rechtes in das Hypothekenbuch bewilligten. Das Eisenbahnärar beantragte daraufhin beim Amtsgerichte die Eintragung. Dieses wies den Antrag ab, weil die Vereinbarung des Rückkaufsrechtes nur obligatorischen Charakter habe; die Beschwerde des Eisenbahnärars wurde zurückgewiesen. Auf weitere Beschwerde wurde das Amtsgericht angewiesen, anderweit zu verfügen.

Gründe: Dem Beschwerdegericht ist darin beizupflichten, daß durch die Erklärung des Johann und der Barbara K. vom 2. April 1906 das in dem Kaufvertrage vom 13. Februar 1886 vereinbarte Wiederkaufsrecht dingliche Natur nicht erlangen konnte, wenn ihm nicht solche schon nach dem Vertrage zukam. Denn nicht nur würde die Erklärung der gemäß Art. 14 NotG. erforderlichen notariellen Beurkundung entbehren, sondern auch gegen Art. 189 Abs. 1 Satz 3 EG. z. BGB. verstoßen, nach der nach dem 1. Januar 1900 ein nach dem BGB. unzulässiges Recht nicht mehr begründet werden kann, da das BGB. die Begründung eines dinglichen Wiederkaufsrechts nicht mehr zuläßt. Der Erklärung vom 2. April 1906 kann daher nur die Bedeutung eines Eintragungsantrags im Sinne des § 5 Abs. 2 HypG. in Ver-

bindung mit § 25 d. Vollz.-Instr. beigemessen werden, dem nur entsprochen werden kann, wenn die Vertragsteile im Jahre 1886 ein Wiederkaufsrecht (Rückkaufsrecht) mit dinglicher Natur vereinbart haben, weil dieses so begründete Recht durch die neue Gesetzgebung nicht berührt worden, also eintragbar ist. Das Beschwerdegericht erkennt in Uebereinstimmung mit der bisherigen Rechtsprechung die Zulässigkeit der Vereinbarung eines dinglichen Wiederkaufsrechtes nach dem zur Zeit der Errichtung des Vertrags vom 13. Februar 1886 geltenden Gemeinen Rechte an (vgl. Sammlg. n. F. II S. 176, 370). Seine Schlußfolgerung aber aus dem Inhalte der Urkunde, daß „mangels besonderer Vereinbarung nur das gesetzlich zu vermutende obligatorische Rückkaufsrecht gewollt sei", geht fehl. Es stellt hierbei nicht tatsächlich fest, daß die Parteien Dinglichkeit des Rechtes nicht gewollt haben, welche Feststellung nach § 27 FGG. und § 561 ZPO. bindend wäre, sondern zieht daraus, daß bezüglich des Rückkaufsrechtes in der Urkunde kein Eintragungsantrag gestellt wurde und das Wort „jederzeit" „nicht zweifelsfrei" auf dingliche Wirkung des Rechtes schließen lasse, die rechtliche Folgerung, daß nur persönliche Bindung des Käufers und seiner Erben anzunehmen sei. Diese Folgerung beruht auf unrichtiger Beurteilung der Wirkung eines Eintragungsantrags und auf Verletzung der Grundsätze über Urkundenauslegung, unterliegt sonach der Nachprüfung. (RGE. Bd. I S 338, Bd. III S. 425.)

Zur Begründung der Dinglichkeit eines Rechtes war nach dem bis 1. Januar 1900 gültigen Gemeinen Rechte, abgesehen von der hier gewahrten Form des Art. 14 Not.G., in Bayern die Eintragung des bestellten Rechtes im Hypothekenbuche nur notwendig, wenn es ausdrücklich zur Entstehung des Rechts erfordert wurde (vgl. § 1 HypG.). Bezüglich des Rückkaufsrechtes war sie nicht vorgeschrieben, wie aus § 5 Abs. 2 HypG. und § 25 der Vollz.-Instr. hervorgeht; es war der Parteiwillkür anheimgestellt, ob es eingetragen werden sollte oder nicht. Die Eintragung konnte wirksam mit der Eintragung der Besitzveränderung oder auch später beantragt werden; sie braucht, weil die Eintragbarkeit dem Rechte anhaftet, nicht ausdrücklich vereinbart zu werden. Die Unterlassung ausdrücklicher Vereinbarung der Eintragung war sonach bedeutungslos, und ist für die Auslegung nicht wesentlich.

Das Beschwerdegericht hat sodann den Sinn des Wortes „jederzeit" als „nicht zweifelsfrei" erklärt. Erschien ihm der Wortlaut nicht klar genug, so hätte es auf den ganzen Inhalt der Urkunde und den Zweck der Vereinbarungen zurückgreifen sollen. Zweck der in den §§ 6, 8, 10 des Vertrags getroffenen Bestimmungen war offensichtlich, die hart an den verkauften Grundstücken vorbeilaufende Bahnlinie vor Beschädigungen bei Bewirtschaftung der Grundstücke, das Aerar vor den aus dem Eisenbahnbetriebe vielleicht abzuleitenden Ersatzansprüchen der Grundbesitzer möglichst zu sichern und ihm die Möglichkeit des Rückerwerbs der Grundstücke im Bedürfnisfalle zu verschaffen. Diese Zwecke würden vereitelt werden, wenn dem Käufer freigelassen wäre, durch Veräußerung an einen Sondernachfolger dem Verkäufer die Geltendmachung seiner Rechte gegen den neuen Grundstücksbesitzer abzuschneiden. Bei den rein persönlichen Verpflichtungen in den §§ 6 und 10 hielt man es für angemessen, ihnen ausdrücklich ein dingliches Gewand zu geben. Bei dem Rückkaufsrechte, dessen Eintragung, wenn Dinglichkeit vereinbart wurde, jederzeit verlangt werden konnte, begnügte man sich, dem Verkäufer „jederzeit" die Rechtsausübung einzuräumen. Diese jederzeitige Ausübung würde aber hinfällig, wenn schon der nächste Sondernachfolger das Recht des Eisenbahnärars nicht zu achten brauchte. Aus dem Worte „jederzeit" kann daher sowohl nach seinem gemeinen Sinne als nach dem Inhalte des Vertrags nur die Folgerung gezogen werden, daß die Vertragsteile ein dingliches Rückkaufsrecht begründet haben, dessen Eintragung von dem Berechtigten verlangt werden kann. (§ 3 der Bek. vom 11. Juli 1901; Henle, Anlegung des GB. 2. Aufl. S. 336 ff.). (Beschl. des FerZS. vom 3. September 1905.) (Reg. III Nr. 56/06). K.

683

III.

Auflösung einer inländischen Aktiengesellschaft durch Fusion mit einer anderen ausländischen. Voraussetzung für die Eintragung des Eigentümerwechsels in Ansehung der zum Vermögen der aufgelösten inländischen Gesellschaft gehörenden Grundstücke in das Grundbuch. (HGB. §§ 303–306, BGB. §§ 873, 894, 915, GBO. §§ 20, 22). Die Aktiengesellschaft Eisenwerk K. zu J., die im Grundbuche als Eigentümerin einer Reihe von Grundstücken eingetragen ist, hat am 10. Juni 1905 mit einer in Luxemburg bestehenden Eisenhüttenwerk-Aktiengesellschaft einen Fusionsvertrag geschlossen, nach dem ihr Vermögen als Ganzes gegen Gewährung von Aktien dieser Gesellschaft ohne Liquidation auf diese Gesellschaft übergehen sollte. Nachdem der Vertrag von den Generalversammlungen beider Gesellschaften genehmigt worden war, hat das Registergericht die Auflösung der Aktiengesellschaft Eisenwerk K. und die Luxemburgische Aktiengesellschaft mit der infolge der Fusion geänderten Firma als Inhaberin einer Zweigniederlassung in J. in das Handelsregister eingetragen. Im August 1906 stellte die Luxemburgische Aktiengesellschaft an das Amtsgericht J. den Antrag, die durch den Uebergang des Vermögens der aufgelösten Aktiengesellschaft auf sie unrichtig gewordene Eintragung im Grundbuche dahin zu berichtigen, daß nunmehr sie Eigentümerin der vorgetragenen Grundstücke sei. Das Grundbuchamt hat den Antrag zurückgewiesen, weil das Vermögen einer inländischen Aktiengesellschaft nur auf eine andere inländische Aktiengesellschaft als Ganzes ohne Liquidation übertragen werden könne, die Antragstellerin als ausländische Gesellschaft daher durch die Fusion nicht Eigentümerin der Grundstücke geworden sei. Die Beschwerde wurde zurückgewiesen. Auch die weitere Beschwerde hatte nicht Erfolg.

Gründe der zurückweisenden Entscheidung: Das BGB. gewährt nicht die Möglichkeit, daß jemand sein Vermögen als Ganzes auf einen anderen überträgt, so daß der Erwerber wie der Erbe Gesamtrechtsnachfolger wird. Die Veräußerung eines Vermögens im Ganzen kann nur dadurch bewirkt werden, daß alle einzelnen Vermögensgegenstände übertragen werden. Für Aktiengesellschaften hat das HGB. in §§ 304, 305 bestimmte Ausnahmen zugelassen; sie können ihr Vermögen als Ganzes nach § 304 auf das Reich, einen Bundesstaat oder einen inländischen Kommunalverband und nach § 305 auf eine andere Aktiengesellschaft oder eine Kommanditgesellschaft auf Aktien gegen Gewährung von Aktien der übernehmenden Gesellschaft übertragen. In diesen Fällen bedarf es nicht der bei der Auflösung einer Aktiengesellschaft nach § 294 HGB. im Interesse der Gläubiger vorgeschriebenen Liquidation; für den Fall der Uebertragung des Vermögens auf eine andere Aktiengesellschaft oder eine Kommanditgesellschaft auf Aktien sind im § 306 HGB. Vorschriften getroffen, die den Gläubigern der aufgelösten Gesellschaft einen die Liquidation ersetzenden Schutz gewähren. Außer den in den §§ 304, 305 bestimmten Fällen kann auch eine Aktiengesellschaft ihr Vermögen im Ganzen nur in der Weise veräußern, daß die einzelnen Vermögensgegenstände auf den Erwerber übertragen werden, wobei Liquidation stattfinden muß und die besonderen Vorschriften des § 303 HGB. zur Anwendung kommen. Wie § 304 die ein-

heitliche Uebertragung des Vermögens nur für den Fall zuläßt, daß das Deutsche Reich, einer der deutschen Bundesstaaten oder ein inländischer Kommunalverband der Erwerber ist, so versteht § 305 unter der das Vermögen als Ganzes übernehmenden Aktiengesellschaft oder Kommanditgesellschaft auf Aktien eine inländische Gesellschaft der bezeichneten Art. Das HGB. ordnet diesen Fall der Abänderung des Gesellschaftsvertrags der einen und der Auflösung der anderen Gesellschaft ebenso wie die Abänderung des Gesellschaftsvertrags und die Auflösung der Gesellschaft überhaupt nur für die seinem Geltungsbereich angehörenden Gesellschaften, nur bei diesen kann es den Gläubigern den im § 306 bestimmten, die Liquidation entbehrlich machenden Schutz gewähren. Eine ausländische Aktiengesellschaft kann daher ebenso wie eine (schon bestehende) inländische Gesellschaft m. b. H. oder eine inländische offene Handelsgesellschaft das Vermögen einer inländischen Aktiengesellschaft nur nach Maßgabe des § 303 erwerben; ein Uebergang des Vermögens als Ganzes findet nicht statt. (Vgl. Jahrb. des Kammergerichts Bd. 21 A S. 294, Staub, 8. Aufl., Anm. 1 zu § 305). Die Beschwerdeführerin konnte demnach das Eigentum an den zum Vermögen der Aktiengesellschaft Eisenwerk K. gehörenden Grundstücken nur nach §§ 873, 925 BGB. durch Auflassung und Eintragung des Uebergangs des Eigentums in das Grundbuch erlangen. Hieran kann auch die Eintragung der Auflösung der Aktiengesellschaft Eisenwerk K. in das Handelsregister nichts ändern. Wäre die Uebertragung des Vermögens der Gesellschaft als Ganzes auf die Beschwerdeführerin möglich, so würde sie nach § 304 Abs. 5 und § 306 Abs. 1 HGB. mit dieser Eintragung eingetreten sein; die rechtlich nicht mögliche Gesamtrechtsnachfolge gilt aber nicht deswegen als eingetreten, weil die Eintragung in das Handelsregister erfolgt ist. Eine Vorschrift, die der Eintragung solche Wirkung beilegt, besteht nicht, insbesondere kann § 15 Abs. 2 HGB. nicht so verstanden werden. (Beschl. der I. ZS. vom 20. Oktober 1906, Reg. III Nr. 71/06). K.

706

Oberlandesgericht München.

Zu Art. 6 UeG., § 57 ZwVG., § 573 BGB. Wirkung der Pfändung von Mietzinsforderungen gegenüber dem Ansteigerer in der Zwangsversteigerung. Kann der Ansteigerer die Wirkung der Pfändung dadurch beseitigen, daß er mit den Mietern nach dem Zuschlag neue Mietverträge schließt? Der Architekt Schr. war Eigentümer der Anwesen 33/35 an der K.straße zu München. Am 19. September 1904 wurden zugunsten des Privatiers B. die Geldforderungen gepfändet, „die dem Schr. kraft bestehenden Vertrags auf Zahlung fälliger und künftiger Mietzinsen zustehen sollten“. Die Zustellung des Pfändungsbeschlusses an die Mieter erfolgte am 21. September 1904. Auf jedem der beiden Anwesen war für die Geschwister T. eine Hypothek von 16000 Mk. an 2. Stelle eingetragen. Diese beantragten die Zwangsversteigerung. Die Beschlagnahme wurde am 28. Oktober 1904 ins Hypothekenbuch eingetragen. Haus Nr. 33 wurde am 10. Mai 1905, Haus Nr. 35 am 11. Mai 1905 versteigert, und beide von den Geschwistern T. eingesteigert. Deren Hypotheken fielen durch. Die für die Zeit vom 1. April bis zum 1. Oktober 1905 bestimmten, am 1. Juli, 1. August, 1. September und 1. Oktober fälligen Mietzinsen wurden von den Mietern hinterlegt. Die Geschwister T. erhoben Feststellungsklage gegen B. mit dem Antrag, auszusprechen, daß diesem kein Recht an den Mietzinsen zustehe. Sie brachten zur Begründung vor, Vorausverfügungen über den Mietzins seien nur für das bei der Beschlagnahme laufende und das folgende Kalendervierteljahr wirksam. Art. 6 UeG. bezwecke nur den Schutz des Mieters. Hieraus ergebe sich, daß zu den Bestimmungen, deren Anwendung er im Auge habe, § 573 BGB. nicht gehöre. Jedenfalls sei für Vorausverfügungen und die zeitliche Erstreckung ihrer Wirksamkeit nicht die Zeit des Uebergangs des Mietobjekts auf den Ansteigerer sondern der Zeitpunkt der Beschlagnahme ausschlaggebend. Ueberdies hätten die Kläger nach dem Erwerb der Anwesen mit den Mietern neue Mietverträge geschlossen. Dadurch seien alle Rechte der Pfändungsgläubiger ausgeschaltet worden. Der Beklagte wendete u. a. ein, die alten Mietverträge hätten nur mit seiner Zustimmung aufgehoben werden können. Die neuen Mietverträge hätten auch gegen die guten Sitten verstoßen, weil sie nur den Zweck gehabt hätten, die Absichten eines Gesetzes zu vereiteln. Das OLG. billigte den Klägern die Mietzinse insoweit zu, als sie auf die Zeit nach der Schließung der neuen Mietverträge trafen.

Aus den Gründen: (Es wird zunächst ausgeführt, daß der Beklagte die auf die Zeit bis zum Zuschlag treffenden Beträge der Mietzinsen nicht in Anspruch nimmt). Die zugunsten des Beklagten erfolgte Pfändung der Mietzinse ist für die auf die Zeit nach dem Zuschlag treffenden Beträge wirksam. Art. 6 UeG. bestimmt, daß die Vorschriften Anwendung finden, welche für die Zeit nach Anlegung des Grundbuchs über den Einfluß des Zwangsversteigerungsverfahrens auf das Mietverhältnis gelten. Hiernach ist auch § 57 ZwVG. unmittelbar anzuwenden. § 57 ZwVG. bestimmt, daß auch § 573 Satz 1 BGB. entsprechende Anwendung zu finden habe. Die entsprechende Anwendung besteht aber nicht etwa darin, daß sich die Wirksamkeit von Vorausverfügungen über den Mietzins auf das bei der Beschlagnahme laufende und das folgende Kalendervierteljahr beschränkt. Es fehlt an einem inneren Grunde dafür, daß der Beschlagnahme des Subhastationsverfahrens die gleiche Bedeutung beigemessen werden sollte wie der freiwilligen Veräußerung. Die Beschlagnahme läßt die Sache im Vermögen des Schuldners und die durch sie begründeten Rechte sind nicht stärker, als die aus der Forderungspfändung entspringenden. Die entsprechende Anwendung der §§ 571, 573, Satz 1 BGB. besteht vielmehr darin, daß an die Stelle der dort bezeichneten freiwilligen Veräußerung die zwangsweise tritt. Hiernach sind gegen den Ansteigerer auch die im Wege der Zwangsvollstreckung erfolgten Verfügungen wirksam, die sich auf den Mietzins für das beim Zuschlag laufende und das folgende Kalendervierteljahr beziehen.

Allein es ist festgestellt, daß die Kläger kurz nach dem Zuschlag mit den Mietern neue Mietverträge geschlossen haben. (Es wird weiter ausgeführt, daß es sich nicht etwa um bloße Bestätigung und Anerkennung der alten Verträge handelte, sondern daß überall die Mietverträge auch dem Inhalte nach geändert wurden). Durch die Pfändung der Mietzinsen trat der Pfandgläubiger nicht etwa in das Mietverhältnis selbst ein. Solange dieses bestand, fielen die Mietzinsforderungen sofort unter das Pfandrecht, aber mit dem Mietverhältnis selbst hatte die Pfändung nichts zu tun. Sie konnte nicht hindern, daß der Schuldner durch Vereinbarung mit den Mietern das Mietverhältnis für die Zukunft löste und dadurch die weitere Entstehung der Mietzinsforderungen aus dem Vertrag ausschloß. Der Ansteigerer verstößt auch nicht gegen die guten Sitten, wenn er mit den Mietern neue Verträge eingeht, um das Recht des Pfändungsgläubigers für die Zukunft auszuschließen. Denn der Ansteigerer steht zu dem Pfändungsgläubiger in keinem weiteren als dem durch die Forderungspfändung vermittelten Rechtsverhältnisse. Sein berechtigtes Interesse, bald in den Genuß der Nutzungen zu kommen, stößt

mit dem Pfandrechte des Gläubigers zusammen und es besteht kein ausreichender Grund für ihn, jenes Interesse diesem Rechte nachzusetzen. Das Recht des Beklagten beschränkt sich daher auf jene Mietzinsbeträge, die auf Grund der alten Mietverträge geschuldet werden, und auf die Zeit bis zur Wirksamkeit jener neuen Verträge. Belanglos ist es für seine Rechte, daß in zwei neuen Verträgen der Beginn der neuen Mietverhältnisse auf 1. und 15. April 1905 festgesetzt ist. Denn da die neuen Verträge erst am 18. und 25. Mai geschlossen wurden, waren bis dahin die gepfändeten Mietzinsforderungen entstanden; es konnten an ihnen keine Aenderungen zum Nachteil des Beklagten vorgenommen werden. (Urt. vom 16. Okt. 1906; Ber. Reg. IV 898/05 L). — — n.

709

Nachschrift des Einsenders: Das Urteil ist von großer Bedeutung für die Praxis, und zwar ist es ebenso wichtig für die Gebietsteile, in denen jetzt das Immobiliarsachenrecht gilt, wie für diejenigen, die noch unter der Herrschaft des älteren Rechtes stehen. Jedoch möchten wir davor warnen, daß die Ausführungen des Urteils über die Wirksamkeit der neuen Verträge zwischen dem Ansteigerer und den Mietern gegenüber dem Pfändungsgläubiger ohne weiteres auf alle ähnlich gelagerten Fälle angewendet werden. Hat die Erneuerung der Mietverträge keinen anderen Zweck als die Lahmlegung des auf den Mietzinsforderungen lastenden Pfandrechts und werden nur pro forma einzelne nebensächliche Vertragsbestimmungen geändert, so wird man wohl unter Umständen anders zu entscheiden haben, als hier geschehen. In dem Falle, der dem Erkenntnisse zugrunde lag, waren in den neuen Verträgen bedeutsame Aenderungen der Rechte beider Vertragsteile vereinbart worden.

Oberlandesgericht Bamberg.

Gasuhren als Zubehör eines Hauses. Uebergang des Eigentums an Zubehörstücken eines Grundstücks. Guter Glaube. (BGB. §§ 440, 448, 926, 932.) Der Beklagte hat an die Klägerin sein mit einer Gaseinrichtung versehenes Wohnhaus in W. vertauscht; bei der Gasleitung befanden sich auch zwei Gasuhren. Nach Uebergabe des Anwesens erfuhr die Klägerin, daß die Gasuhren nicht dem Beklagten gehörten, sondern vom Gaswerk gemietet waren. Die Klägerin kaufte vom letzteren die Uhren um 485 Mk. und verlangte vom Beklagten Ersatz dieses Betrags, weil er bei Abschluß des Tauschvertrags zugesichert habe, die ganze Gaseinrichtung gehöre ihm; eine Gaseinrichtung ohne Gasuhr sei völlig gebrauchsunfähig; Gasuhren seien ein Bestandteil der Beleuchtungsanlage und teilten als Zubehör des Hauses dessen rechtliches Schicksal; der Beklagte müsse daher der Klägerin das Eigentum an den Gasuhren verschaffen oder den Wert ersetzen. Beide Instanzen erklärten den Anspruch als unbegründet.

Aus dem Berufungsurteil: Nach § 448 Abs. 1 BGB. fallen die Kosten der Übergabe der verkauften Sache, insbes. die Kosten des Messens, dem Verkäufer zur Last. Zu diesen Kosten gehören auch die des Gasmessers (auch Gasuhr oder Gasometer genannt) (Oertmann, Schuldverh., 2. Aufl., § 448 Ziff. 1 Abs. 3). Eigentümer der Gasuhr ist daher regelmäßig der Besitzer des Gaswerks; der Gasabnehmer zahlt für ihre Benützung an den letzteren einen besonderen Mietzins. Dies ist auch nach unbestrittener Feststellung des Erstrichters in W. allgemein üblich. Die Gasuhr wird am Eingange jedes Hauses oder jeder Wohnung in die Gasleitung eingeschaltet und kann auch ohne Zerstörung oder wesentliche Veränderung der einen oder der anderen wieder ausgeschaltet werden, so daß die Gasuhr gemäß §§ 93, 94 BGB. die Eigenschaft eines Bestandteils nicht besitzt. Sie kann aber Zubehör des Hauses sein. Nach §§ 97, 98 a. a. O. sind Voraussetzungen der Zubehöreigenschaft, daß eine selbständige bewegliche Sache dem wirtschaftlichen Zweck einer anderen Sache zu dienen bestimmt ist und zu letzterer in einem dieser Bestimmung entsprechenden räumlichen Verhältnisse steht, ferner, daß die Benützung der Sache zu diesem Zwecke dauernd, nicht bloß vorübergehend ist, endlich daß nicht eine der Qualifikation als Zubehör widersprechende Verkehrsauffassung besteht. Dies ist alles bei der Gasuhr gegeben, wenn der Hauseigentümer sie erwirbt und zur dauernden Benützung für alle folgenden Grundstückseigentümer oder Mieter in die Beleuchtungsanlage einfügt; sie ist aber nicht Zubehör des Hauses, wenn sie vom Hauseigentümer nur gemietet und vorübergehend, solange das Haus ihm gehört, zur Befriedigung seiner Bedürfnisse bestimmt wird. (Rehbein, BGB mit Erl., §§ 99—103 Ziff. 4d S. 89; Staudinger, Komm. z. BGB., 2. Aufl., § 97 Ziff. 2 zu a; Planck, Komm. z. BGB., 3. Aufl., § 98 Ziff. 2). Hier steht fest, daß der Beklagte die Gasuhren nur gemietet hatte; sind sind also nicht Zubehör des Hauses geworden und nicht mit dem Grundstück in das Eigentum der Klägerin übergegangen. Dies wäre aber auch dann nicht der Fall gewesen, wenn sie Zubehörstücke des Hauses geworden wären; denn nach § 926 Abs. 1 BGB. erhält der Erwerber mit dem Eigentum am Grundstück auch das Eigentum an den vorhandenen Zubehörstücken nur, soweit sie dem Veräußerer gehören; ist also ein Dritter ihr Eigentümer, so geht nach § 926 Abs. 2 und § 932 a. a. O. auf den Erwerber das Eigentum bloß dann über, wenn er im guten Glauben ist; er ist dies aber nicht, wenn ihm bekannt oder infolge grober Fahrlässigkeit unbekannt ist, daß die Sache nicht dem Veräußerer gehört. Hier hätte angesichts der allgemeinen Uebung in W., die Gasuhren bloß zu mieten, die Klägerin sich bei dem Beklagten über den Eigentümer der Gasuhren erkundigen sollen. Die Unterlassung dieser Nachforschung ist eine grobe Fahrlässigkeit, welche die Klägerin nicht als gutgläubig erscheinen läßt. Da somit das Eigentum an den Gasuhren nicht auf die Klägerin überging, hat sie auch keinen Anspruch auf Wertsersatz gemäß § 440 Abs. 2, 3 BGB. (Urteil vom 16. Juni 1906, BR. 329/04 I. ZS.).

715 Mitgeteilt von Oberlandesgerichtsrat Schäfer in Bamberg.

Oberlandesgericht Nürnberg.

Zu § 56 HypG., §§ 414—416 BGB. G. klagte unter Bezugnahme auf §§ 414—416 BGB. auf Aufhebung einer gegen ihn gerichteten Mobiliarpfändung des B., weil die zugrunde liegende nach dem 1 Jan. 1900 entstandene Hypothekforderung des B. gegen ihn durch den Erwerber des mit der Hypothek belasteten klägerischen Anwesens K am 22. Dez 1905 übernommen und K. von H. als Schuldner angenommen worden sei. B. erkannte den Uebernahmevertrag zwischen G. und K. an, bestritt aber u a. das Vorliegen eines Vertrags nach § 414 sowie das Vorhandensein der Voraussetzungen der §§ 415 und 416 BGB, die übrigens für Hypothekforderungen in Bayern bis zur Grundbuchanlegung Anwendung nicht finden könnten, weil § 56 Abs 1 des HypG. bis dahin Platz greife. Das LG. wies die Klage ab. Das OLG. entschied nach Klageantrag

Aus den Gründen: Das Berufungsgericht entscheidet die Frage, nach welchem Rechte die Schuldübernahme zu beurteilen sei, im Gegensatz zu der vom Reichsgerichte (Bd. 58 S. 384) ausgesprochenen Anschauung, daß wegen der Vermischung der persönlichen und dinglichen Seite bei der Uebernahme von Hypothekschulden noch § 56 HypG. anzuwenden sei, in Uebereinstimmung

stimmung mit dem ObLG. (N. F. Bd. 5 S. 444, Seuff. Arch. Bd. 60 Nr. 32) dahin, daß § 56 HypG. ausscheide und das BGB. Anwendung finde. Hierfür ist maßgebend, daß es sich nur um die persönliche Seite der Schuldübernahme handelt, daß auch in anderen Beziehungen (z. B. bei Verträgen über Grundeigentum) das Reichsgericht trotz der gemischten, obligatorischen und dinglichen Natur des Vertrags über die Eigentumsübertragung den § 313 BGB. für das Verpflichtungsgeschäft und den Art. 14 des NotG. vom 10. Nov. 1861 für das Uebereignungsgeschäft anwendet, endlich, daß der oberste Gerichtshof schon früher die Uebertragung von hypothekarisch gesicherten Forderungen ohne notarielle Beurkundung mit Beschränkung auf den Uebergang der Forderung allein und ohne Hypothekrecht für zulässig und wirksam erklärte.

Das BGB. unterscheidet nun zwischen Schuldübernahme mit Beendigung der Haftung des bisherigen Schuldners durch Vertrag zwischen dem Gläubiger und dem neuen Schuldner (§ 414) und Schuldübernahme durch Vertrag zwischen dem alten und dem neuen Schuldner mit Genehmigung des Gläubigers (§§ 415, 416). § 416 behandelt den besonderen Fall, daß der Erwerber eines Grundstücks eine darauf als Hypothek eingetragene Schuld des Veräußerers übernimmt. Damit ist die Anwendung des § 415, der die allgemeine Regelung enthält, hier ausgeschlossen (JW. 1904 S. 550 Nr. 6). § 416 BGB. bestimmt in Abs. 1, daß der Gläubiger die Schuldübernahme „nur" genehmigen kann, wenn der Veräußerer sie ihm mitteilt. Daraus ist zu folgern, daß eine ohne diese Mitteilung etwa erfolgte Genehmigung der Wirksamkeit entbehrt. (JW. a. a. O., Rehbein BGB. Bd. II zu §§ 414, 419 IV.) Von dem Erfordernisse dieser Mitteilung kann nicht abgesehen werden, wenn auch die besonderen Förmlichkeiten der Mitteilung, § 416 Abs. 2, im Falle der Genehmigung nicht eingehalten werden müssen, sondern nur erforderlich sind, wenn die Genehmigung trotz ihres Ausbleibens als erteilt angenommen werden soll. Daß die Kläger dem Beklagten eine Mitteilung im fraglichen Sinne machten, wird nicht behauptet. Durch die Tatsache, daß der Beklagte der Beurkundung des Tauschvertrags vom 22. Dez. 1905 beiwohnte, in dem K. gegenüber dem Kläger die Schuld an den Beklagten übernahm, wird die vom Gesetz geforderte Mitteilung nicht ersetzt; es erübrigt sich also die Prüfung der Frage einer allenfallsigen Genehmigung durch den Beklagten und § 416 BGB. scheidet aus. Wohl aber hält das Berufungsgericht die Voraussetzungen des § 414 BGB. für gegeben. Es liegt die in § 414 geforderte keiner besonderen Form bedürftige Einigung zwischen Gläubiger und dem neuen Schuldner vor, welche die sofortige Befreiung des bisherigen Schuldners bewirkte. (Urteil v. 2. Nov. 1906).

702 Mitgeteilt von Rechtsanwalt Dr. Geiersböfer in Nürnberg.

Oberlandesgericht Augsburg.

Zu §§ 833, 845, 1617 BGB. (Umfang des Schadensersatzes für entgangene Dienste). Der Gütlerssohn J. Z. von W., welcher das Gespann seines Vaters X. Z. lenkte, und zwei Knechte des Sägewerksbesitzers J. M. von A. fuhren mit den Wägen und Pferden des J. M. für ihn Holz aus dem Walde. An einem Berge mußte Vorspann gebraucht werden, weshalb einer der Knechte des J. M. ein Pferd vor das Gespann des J. Z. führte, worauf dieser daran ging, das Wagscheit in den Vorspannhaken einzuhängen. In diesem Augenblicke schlug das Pferd aus und traf den J. Z. derart an die Hand, daß er sich für längere Zeit in ärztliche Behandlung begeben mußte. Es verlangt nun sein Vater X. Z. von J. M. Entschädigung dafür, daß er während der Arbeitsunfähigkeit des Sohnes mit seinen Pferden nichts habe verdienen können, und zwar auf 70 Tage täglich 12 Mk. Dem Anspruche wurde durch ein Urteil des II. ZS. am 27. Oktober 1906 in der Höhe von 3 Mk. für den Tag stattgegeben.

Aus den Gründen: J. Z. war nach § 1617 BGB. verpflichtet, seinem Vater bei Ausübung des Fuhrwerkgeschäftes Dienste zu leisten; es ist daher nicht zweifelhaft, daß der Beklagte, welcher dem J. Z. wegen der erlittenen Verletzung nach § 833 BGB. ersatzpflichtig ist, auch nach § 845 a. a. O. gehalten ist, den Vater des Verletzten für die ihm entgangenen Dienste schadlos zu halten. Dieser kann aber nicht den Ersatz des Bruttogewinnes verlangen, sondern nur Ersatz des Betrages, welchen die entgangenen Dienste selbst wert waren. Bei ihrer Berechnung sind der Umfang der Arbeit, sowie die dazu erforderlichen Kenntnisse und Erfahrungen zugrunde zu legen.[1])

692 Mitgeteilt von Oberlandesgerichtsrat Doyle in Augsburg.

Landgericht München I.

I.

Die Zuständigkeit des Amtsgerichtes gem. § 23 Ziff. 2 GVG. für Streitigkeiten wegen des Anspruches des Vermieters aus § 561 Abs. 2 BGB. Der Mieter einer Wohnung hatte unter Widerspruch des Vermieters seine dort eingebrachten Möbel im Werte von über 300 Mk. entfernt und die Wohnung mit einem Mietzinsrückstande von einigen Hundert Mark verlassen. Mit Klage zum Amtsgerichte München I Abt. A f. ZS. verlangte der Vermieter, den Mieter schuldig zu erkennen, ihm den Besitz der entfernten Möbel zu überlassen (§ 561 Abs. 2 BGB.). Auf erhobene Einrede der (sachlichen) Unzuständigkeit seitens des Beklagten hat das Amtsgericht die Klage wegen Unzuständigkeit des Gerichtes kostenfällig abgewiesen. Das Landgericht hat der hiergegen eingelegten Berufung des Vermieters stattgegeben, die Sache unter Aufhebung des erstrichterlichen Urteiles an das Amtsgericht zurückverwiesen und den Ausspruch im Kostenpunkte dem Endurteile vorbehalten.

Aus den Gründen: Nach dem § 23 Ziff. 2 GVG. umfaßt die Zuständigkeit der Amtsgerichte ohne Rücksicht auf den Wert des Streitgegenstandes Streitigkeiten zwischen dem Vermieter und Mieter wegen Zurückhaltung der von dem Mieter in die Mieträume eingebrachten Sachen. Während der Kommissionsentwurf zu § 12 (jetzt § 23) Ziff. 2 GVG. nur lautete „wegen Ueberlassung, Benützung und Räumung" ist nach den Protokollen der Kommission (1. Lesung S. 176 und 2. Lesung S. 587) auf Anregung der Abgeordneten Becker und Struckmann die obige Bestimmung noch ausdrücklich durch die Redaktionskommission in den Gesetzestext aufgenommen worden, obwohl nach der Erklärung des Direktors von Amsberg Einigkeit darüber herrschte, daß schon bei dem ursprünglichen Wortlaute des Gesetzes aus dem Gesichtspunkte der Einfachheit der einschlagenden Fragen und des Bedürfnisses der schnellen Erledigung alle mit dem Mietverhältnisse zusammenhängenden Streitigkeiten den Amtsgerichten zugewiesen seien, und dabei wiederholt hervorgehoben wurde, daß hierzu an sich schon die Streitigkeiten „wegen des Retentionsrechtes" gehörten. Hiernach hat das GVG. § 23 Ziff. 2 alle Streitigkeiten zwischen Vermieter und Mieter „wegen Zurückhaltung" den Amtsgerichten zugewiesen. Nunmehr hat das BGB. durch den § 561 Abs. 2 für den Vermieter ein neues Recht auf Zurückhaltung, nämlich auf Ueberlassung des Besitzes an den ohne sein Wissen oder unter seinem Widerspruche entfernten Sachen des Mieters geschaffen, das seine Grundlage in dem gesetzlichen Pfandrechte des Vermieters nach

[1]) Vgl. Staudinger Bem. c zu § 845 BGB., wo mit Recht darauf hingewiesen ist, daß der für Dienste der fraglichen Art ortsübliche Lohn Anhaltspunkte bieten kann.



§ 559 BGB. hat. Der Anspruch des Vermieters aus § 561 Abs. 2 BGB. gründet sich auch ausschließlich **auf das Mietverhältnis.** Der Streit über diesen Anspruch ist ein Streit „wegen Zurückhaltung“. Die gegenteilige ohne weitere Begründung von Struckmann-Koch ZPO. S. 1191 aufgestellte Meinung wird durch obige Erwägungen widerlegt. Seuffert ZPO. § 709 führt die § 559—562 BGB. an, auch Gaupp ZPO. § 1 bemerkt in Anm. 1 zu § 23 Ziff. 2 GVG. lediglich § 538 ff., ohne § 561 auszunehmen und Wilmowski und Levy erwähnen ausdrücklich in den Anmerkungen zu § 23 GVG., daß die Zuständigkeit der Amtsgerichte bei Streitigkeiten wegen des Zurückbehaltungsrechtes des Vermieters gegeben sei und es hierbei nicht auf die Prozeßparteistellung des Vermieters, sondern darauf ankomme, ob der Klageantrag das Zurückbehaltungsrecht betreffe. Hiernach erachtet das Berufungsgericht die Zuständigkeit des Amtsgerichtes für den vorwürfigen Rechtsstreit gegeben. Zu verneinen wäre diese, wenn ein Streit über den Anspruch des Vermieters aus § 561 Abs. 2 BGB. gegen einen dritten Besitzer der entfernten Mobilien (Kober, Sachenrecht II. Aufl. § 561 BGB. Anm. 2 Ziff. 2) vorläge, weil hier die Voraussetzung des Streites zwischen Vermieter und Mieter mangeln würde. (Urt. v. 4. X. 1906 PR. Nr. 506/06).

645 Mitgeteilt von Landgerichtsrat Vogel in München.

II.

Kostenerstattung bei Klagszurücknahme. Die Klage vom 13. Dezember 1904 wurde am 14. Dezember 1904 dem Gericht vorgelegt, mit Schriftsatz vom 29. Dezember 1904, eingelaufen bei Gericht am 30. Dezember 1904, aber wieder zurückgenommen. In dem Verhandlungstermin vom 3. Januar 1905 ist niemand erschienen. Nachdem das Verfahren ein Jahr geruht hatte, hat der Beklagte am 26. Januar 1906 durch seinen Prozeßbevollmächtigten den Kläger zur mündlichen Verhandlung über den Kostenpunkt laden lassen. Im Verhandlungstermin hat Kläger Verurteilung des Beklagten zur Tragung und Erstattung der Kosten des Rechtsstreits unter Darlegung des der Klage zugrundeliegenden Rechtsverhältnisses beantragt und seine Behauptungen unter Eidesbeweis gestellt. Weiter machte er geltend, daß der Beklagte unnötigerweise nach Zustellung der Klagszurücknahme einen Anwalt bestellt habe. Der Antrag des Beklagten ging dahin, den Kläger zur Tragung und Erstattung der Streitskosten zu verurteilen. Das Landgericht hat durch Urteil vom 24. April 1906 dem Antrag des Beklagten entsprechend erkannt und dazu ausgeführt: Ob der Beklagte durch sein Verhalten zur Erhebung der Klage Anlaß gegeben hat, ist eine teilweise Sachentscheidung; eine solche kann nach der Klagszurücknahme nicht mehr erfolgen, da in diesem Fall der Rechtsstreit als nicht anhängig geworden anzusehen ist und der Zustand eintritt, als wenn keine Klage gestellt worden wäre. Demgemäß kann auch der angeregte Eidesbeweis nicht in Frage kommen. Der Beklagte hat gemäß § 271 Abs. 3 Satz 2 ZPO. das Recht, zu verlangen, daß im Fall der Klagszurücknahme der Kläger zur Tragung der Kosten des Rechtsstreites verurteilt wird. Dieses Recht besteht in allen Fällen der Klagszurücknahme, mag diese in der mündlichen Verhandlung, oder, wie hier, durch Zustellung eines Schriftsatzes erfolgt sein. Der Antrag auf Kostenverurteilung des Klägers kann von dem Beklagten auch in einem späteren Termin gestellt werden, zu dem der Beklagter den Kläger, wie hier geschehen, zu laden hat. Die Frage, ob und welche Kosten entstanden und ob die entstandenen zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendig gewesen sind, ist in dem besonderen Verfahren nach § 105 ff. ZPO. zu würdigen.

703 Mitgeteilt von Landgerichtssekretär Schumann in München.

Landgericht Frankenthal.

Befugnis zur Jagdausübung durch den Grundeigentümer eines umzäunten Grundstückes nach dem in der Pfalz geltenden Rechte. Kann in dem „Anlocken“ des auf fremdem Jagdgebiete befindlichen Wildes eine unerlaubte Jagdausübung erblickt werden? Der Angeklagte ist Eigentümer eines Grundstücks in der Gemarkung der Gemeinde X., außerhalb des Dorfes in der Nähe eines der Gemeinde gehörenden Waldes. Er benützt es als Pflanzgarten und hat es mit einem Maschenzaun aus Draht umgeben. Auf diesem Grundstücke übte der Angeklagte, der sich eine Jagdkarte gelöst hatte, die Jagd aus, insbesondere auf Fasanen, die in dem nahen Walde zahlreich vorkommen. Die Gemeindejagd der Gemeinde X. ist verpachtet. Im Laufe der Zeit bemerkte der Jagdaufseher des Jagdpächters Lücken in dem Drahtzaune des Grundstückes, und zwar auf der gegen den Wald zu liegenden Seite. Sie waren dadurch hergestellt, daß der Draht vom Boden in die Höhe gehoben und teilweise aufgerollt war. Die Lücken waren nicht breit und ca. 20 cm hoch. Eines Morgens entdeckte ein Jagdaufseher, daß nicht nur innerhalb des Pflanzgartens, sondern auch noch durch die Lücken hindurch auf das angrenzende Grundstück auf eine Entfernung von etwa 2 m Futter gestreut war. Aus den Fußspuren im Garten und der Art der Ausstreuung des Samens war zu entnehmen, daß der Angeklagte das Futter auch außerhalb des Pflanzgartens gestreut habe; er hat dem Jagdaufseher auch auf Zuredestellen erklärt, wenn er es nicht so mache, bekomme er keine Fasanen. Kurz darauf hat der Angeklagte auch zwei Schüsse auf die in den Pflanzgarten gelaufenen Fasanen abgegeben. Er wurde verurteilt aus folgenden Gründen: Es ist zunächst zweifellos, daß der Angeklagte die Jagd ausgeübt hat und im Besitze einer Jagdkarte war. Es fragt sich, ob er berechtigt war, in seinem Pflanzgarten in der geschilderten Art die Jagd auszuüben. Hierbei ist davon auszugehen, daß der Pflanzgarten von der Verpachtung der X.schen Gemeindejagd ausgeschlossen ist und daß der Angeklagte darin jagen darf. Denn nach dem noch geltenden § 5 Abs. V der VO. der österreichischen und bayerischen gemeinschaftlichen Landesadministrationskommission vom 21. September 1815, die Verwaltung und Ausübung der Jagd in der Pfalz betr. (Geib, Handbuch für die Gemeindebehörden der Pfalz Bd. I S. 669 ff.; Maenner, Das Jagdrecht der Pfalz S. 6 ff.) sind alle Grundstücke, welche mit einer Mauer, einem Zaune oder einer Hecke umgeben und mit Türe und Schloß verschlossen sind, von der Verpachtung der Jagd ausgenommen. Dem Besitzer solcher Grundstücke steht allein das Jagdrecht unter Befolgung der in der VO. enthaltenen oder noch zu erlassenden polizeilichen Verordnungen darin zu. Der Pflanzgarten des Angeklagten entspricht den Bestimmungen der VO. Er darf deshalb, da er eine Jagdkarte besitzt, in dem Garten jagen. Wenn er hierzu Lücken im Drahtzaune hergestellt oder vorhandene Lücken ausgenützt hat, so liegt hierin keine Rechtswidrigkeit. Daß solche Lücken vorhanden sind, hindert nicht das Grundstück als ein umzäuntes Grundstück zu betrachten. Denn, daß die Umschließung verhindert, daß Wild in den umschlossenen Raum gelangt, kann nicht verlangt werden. Immerhin wird eine Umschließung verlangt werden müssen, welche nicht Menschen, auch Kindern, ein Durchschlüpfen oder Durchkriechen gestattet (vgl. Maenner a. a. O.).

Der Angeklagte hat aber die Jagd nicht bloß in der Weise ausgeübt, daß er Fasanen geschossen hat, die in seinen Pflanzgarten ohne sein Zutun gekommen waren, sondern er hat sie auch „angelockt“, und zwar durch Streuen von Futter in- und außerhalb des Gartens. Wird die Tätigkeit des Anlockens nur auf dem eigenen Jagdgebiete entfaltet, so liegt keine

unberechtigte Jagdausübung vor. Deshalb ist das Futterstreuen auf eigenem Jagdgebiete, auch wenn es erfolgt, um Wild vom fremden Jagdgebiete auf das eigene herüberzulocken, nicht unberechtigt. Maenner a. a. O. geht weiter. Er führt aus: „Wer von dem eigenen Jagdgebiete aus das in dem fremden Jagdbezirke befindliche Wild vorsätzlich zum Zwecke der Erlegung anlockt (z. B. durch Blatten) oder anzulocken versucht, übt unberechtigt die Jagd aus und verletzt das fremde Okkupationsrecht in derselben Weise, wie derjenige, welcher Wild aus dem fremden Jagdgebiete sich zutreiben läßt." Dagegen hat das Reichsgericht die Benützung von Lockrufen für erlaubt erklärt, weil sie nicht verboten und vielfach üblich seien. Aus dem Wesen der Jagdberechtigung aber, selbst wenn man aus ihr ein Recht des Jagdberechtigten an dem Wildstande in seinem Jagdbezirke ableite, könne nicht gefolgert werden, daß durch die Benützung von Lockmitteln in das Recht des Jagdadjazenten widerrechtlich eingegriffen werde (RGZS. Bd. 44 S. 200). Die Ansicht des Reichsgerichtes verdient den Vorzug, weil ja der Anlockende keine Tätigkeit außerhalb seines Jagdbezirkes entwickelt; nur die Wirkung der innerhalb seines Jagdbezirkes entfalteten Tätigkeit geht über die Grenze hinaus (vgl. auch RGStS. Bd. 20 S. 343).

Der Angeklagte hat aber hier eine weit umfangreichere Tätigkeit entwickelt; er hat nicht nur innerhalb seines Jagdgebietes, sondern auch außerhalb, sonach auf fremdem Gebiete dem Wilde nachgestellt. Seine Tat setzte sich aus mehreren Einzelhandlungen zusammen, von denen ein Teil auf fremdem Jagdgebiete vorgenommen wurde. Denn er hat sich, zum Schießen bereit, in seinem Garten aufgestellt. Um jedoch die Fasanen zu bewegen, in seinen Pflanzgarten zu kommen, hat er Futer nicht bloß in seinem Pflanzgarten, sondern durch die Lücken auf fremdes Jagdgebiet gestreut. Letztere Handlung ist ein Teil seiner Jagdausübung; denn er hat gewartet, bis die Fasanen, durch das Futter angelockt, hereinkamen und dann auf sie geschossen. (Urt. vom 10. Oktober 1906).

669 Mitgeteilt von Landgerichtsrat Hagen in Frankenthal.

Landgericht Würzburg.

Privatklageverfahren. Ausschluß der Vernehmung von Zeugen für die Hauptverhandlung. Vertretung des in der Hauptverhandlung nicht erschienenen Klägers durch einen Rechtskundigen im Sinne des § 139 StPO. In der Privatklagesache der Witwe X. gegen Y. wegen Beleidigung bestimmte der Amtsrichter den 10. März 1906 als Termin zur Hauptverhandlung, ordnete das Erscheinen der Parteien an und verfügte: „Eine Vernehmung von Zeugen im Termine findet nicht statt." Das Schöffengericht beschloß in der Sitzung vom 10. März 1906, die Verhandlung auszusetzen, neuen Termin auf 31. März anzuberaumen und hierzu das Erscheinen des Beklagten anzuordnen. Die Klägerin war schon vorher vom Erscheinen entbunden worden. Der Beschluß enthält den Zusatz: „Eine Vernehmung von Zeugen findet auch in diesem Termine nicht statt." In der Sitzung vom 31. März war die Klägerin nicht durch ihren Rechtsanwalt, sondern durch Rechtspraktikant N. vertreten, der den Voraussetzungen des § 139 StPO. entsprach und von dem Rechtsanwalt unter Zustimmung der Klägerin mit deren Vertretung in der Hauptverhandlung betraut worden war. Auf Antrag des Beklagten stellte das Schöffengericht unter Bezugnahme auf §§ 431, 259, 505 StPO. und Löwe Anm. 3 zu § 418 das Verfahren durch Urteil ein. Die Gründe führen aus: Die Privatklage gelte nach § 431 Abs. 2 StPO. als zurückgenommen, wenn der Kläger weder erscheine, noch durch einen Rechtsanwalt vertreten werde, nach §§ 427 Abs. 2, 139 StPO. könne nur die „Verteidigung", nicht die „Vertretung" der Klägerin einem Rechtskundigen übertragen werden. Die Klägerin legte Berufung ein und brachte vor: Rechtspraktikant N. habe sie als Substitut ihres Rechtsanwaltes ordnungsmäßig vertreten; die Verhandlung vom 31. März könne zudem nicht als Hauptverhandlung betrachtet werden, da die Vernehmung von Zeugen ausgeschlossen gewesen sei. Das Landgericht hob das Urteil auf und verwies die Sache zurück. In den Gründen ist zunächst im Anschluß an die herrschende Meinung (vgl. Löwe Anm. 7 zu § 431) dargelegt, daß das Schöffengericht nicht durch Urteil, sondern durch Beschluß hätte entscheiden müssen. Hinsichtlich der Anwendung des § 431 Abs. 2 StPO. wird ausgeführt:

1. Die Verhandlungen vom 10. und 31. März waren als Termine zur Hauptverhandlung erklärt. Daß bestimmt wurde, daß eine Vernehmung von Zeugen nicht stattfinde, entspricht nicht dem Gesetze. Der Zweck der Bestimmung ist nicht erwähnt. Berücksichtigt man aber, daß das persönliche Erscheinen der Parteien oder wenigstens einer Partei angeordnet wurde, so muß man annehmen, daß in den Terminen nur eine Sühne versucht, beim Scheitern dieses Versuches aber die Verhandlung und Zeugenvernehmung einem späteren Termine vorbehalten werden sollte. Ein derartiges Vorgehen hat für die Parteien im Falle eines Vergleiches den Vorteil, daß die Kosten der Ladung von Zeugen erspart werden, im anderen Falle den Nachteil, daß das Verfahren erst in einem weiteren Termin erledigt werden kann und dann mehr Kosten erwachsen, wie wenn zur ersten Verhandlung das Beweismaterial beigeschafft worden wäre. Dies ist um so weniger gerechtfertigt, als die Parteien nicht verpflichtet sind, sich auf einen Sühneversuch einzulassen, vielmehr verlangen können, daß ihre Angelegenheit durch Urteil erledigt wird. Es ist zwar dem Gericht wie dem Vorsitzenden unbenommen, in der Hauptverhandlung die Sühne zu versuchen, die Hauptverhandlung darf aber nicht von vorneherein so eingeschränkt werden, daß in ihr anderes nicht erfolgen kann.

Das Verfahren widerspricht auch den Grundsätzen der StPO. Das Gesetz sieht einen Sühneversuch nur für die Zeit vor der Erhebung der Klage und nur für den Fall vor, daß die Parteien in demselben Gemeindebezirke wohnen (§ 420 StPO.). Die Abhaltung eines Sühnetermines vor dem erkennenden Gerichte wird in der StPO. nicht erwähnt und ist unzulässig. Auch die Anberaumung einer Hauptverhandlung unter Ausschluß der Vernehmung von Zeugen ist mit den Grundsätzen der StPO. unvereinbar. Der Amtsrichter beschließt die Eröffnung des Hauptverfahrens (§ 423 StPO.) und bestimmt den Termin zur Hauptverhandlung (§§ 424, 212 StPO.). Er entscheidet, welche Zeugen oder Sachverständige geladen werden sollen (§ 426 Abs. 1 StPO.). Diese Entscheidung ist nur danach zu bemessen, ob die Ladung nach dem Gegenstande des Verfahrens erforderlich ist (vgl. Löwe Anm. 1 zu § 426 und 2 zu § 208). Sie ist auch nur eine vorläufige Maßregel, die weder den Parteien das Recht unmittelbarer Ladung (§ 426 Abs. 2 StPO.), noch dem Gericht die Verfügung über die Beweisaufnahme (§§ 243, 244 StPO.) entzieht. Die Vernehmung von Zeugen von vorneherein auszuschließen, würde nicht bloß dem Zwecke der Hauptverhandlung, eine Entscheidung herbeizuführen, widersprechen, sondern auch in das Recht des Gerichts eingreifen, den Umfang der Beweisaufnahme zu bestimmen. Ein solcher Eingriff stand auch dem Schöffengericht, das nicht selbst in der Sache entschied, sondern nur Aussetzung beschloß, nicht zu. Praktisch konnte der Ausschluß von Zeugen Erfolg nur haben, wenn die Parteien sich freiwillig darauf einließen und weder Zeugen luden, noch Beweisanträge stellten. Recht-

lich war er wirkungslos. Er hatte auch nicht die Wirkung, daß die Termine keine Hauptverhandlungen waren. Sie waren ausdrücklich zur Hauptverhandlung bestimmt; es war offenbar absichtlich vermieden worden, sie als Sühnetermine zu bezeichnen; daß dem Gesetze zuwider die Vernehmung von Zeugen ausgeschlossen wurde, beweist nicht, daß keine Hauptverhandlung anberaumt werden sollte, sondern nur, daß man eine Einschränkung irrtümlich für zulässig hielt. **Die Verhandlung vom 31. März war also eine Hauptverhandlung im Sinne des § 431 Abs. 2 StPO.**

2. Die Klägerin war im Termin vom 31. März nicht erschienen, aber ordnungsmäßig vertreten. Nach § 418 StPO. kann der Privatkläger einen Rechtsanwalt als Vertreter aufstellen, und auch § 431 Abs. 2 StPO. spricht nur von der Vertretung durch einen Rechtsanwalt. Damit ist nicht gesagt, daß der Rechtsanwalt in der Verhandlung persönlich auftreten muß, sondern nur, daß der Kläger keine andere Person zum Vertreter wählen kann. Die Substitution ist in § 427 StPO. geregelt. Abs. 1 bestimmt, daß in der Hauptverhandlung auch der Angeklagte sich durch einen Rechtsanwalt vertreten lassen kann. Nach Abs. 2 soll § 139 auf den Anwalt des Klägers wie auf den des Angeklagten Anwendung finden. § 139 lautet: „Der als Verteidiger gewählte Rechtsanwalt kann mit Zustimmung des Angeklagten die Verteidigung einem Rechtskundigen, der die erste Prüfung für den Justizdienst bestanden hat und in demselben seit mindestens zwei Jahren beschäftigt ist, übertragen." Wörtlich läßt sich diese Bestimmung auf den Kläger nicht anwenden, denn sie handelt von der „Verteidigung", der Kläger bedarf aber keiner solchen. Es handelt sich vielmehr um eine entsprechende Anwendung des § 139 StPO., und es genügt deshalb zur Zurückweisung des Rechtspraktikanten N. nicht der Hinweis darauf, daß § 139 nur von „Verteidigung" spricht. Die Stellung des § 139 und der Zusammenhang des § 427 Abs. 2 mit den übrigen Vorschriften über Vertretung im Privatklageverfahren führen zu einem anderen Ergebnisse.

§ 139 steht in dem von der Verteidigung handelnden 11. Abschnitte des 1. Buches der StPO. Nach § 137 kann sich der Beschuldigte eines Verteidigers bedienen. Nach § 138 sind die bei einem deutschen Gerichte zugelassenen Rechtsanwälte usw. wählbar. Andere Personen können nur mit Genehmigung des Gerichtes zugelassen werden. Danach bedürfte es der Genehmigung auch, wenn der als Verteidiger gewählte Rechtsanwalt sich durch einen Rechtskundigen vertreten lassen wollte. Um den Rechtsanwalt darin unabhängig zu machen, wurde § 139 eingefügt (vgl. Hahn, Mat. z. StPO. S. 954 ff., 967 ff.). Seine Bedeutung liegt also darin, daß sich der Rechtsanwalt vertreten lassen kann. Daß im Falle des § 139 dem Substituten nur die Verteidigung zusteht, beruht nicht darauf, daß er auf diese Tätigkeit beschränkt werden sollte, sondern darauf, daß auch der Rechtsanwalt nur die Verteidigung zu führen hat. Eine entsprechende Anwendung des § 139 auf den Anwalt des Klägers führt also zu der Folgerung, daß dieser alle ihm zukommenden Rechte übertragen kann. Die Vertretung im Privatklageverfahren ist für den Kläger in § 418, für den Angeklagten in § 427 Abs. 1 StPO. geregelt. Wenn die letztere Bestimmung nur von dem Rechtsanwalt des Angeklagten spricht, § 427 Abs. 2 aber die Anwendung des § 139 sowohl für den Anwalt des Klägers wie für den des Angeklagten vorschreibt, so folgt daraus, daß Abs. 2 für den Angeklagten eine Ergänzung des Abs. 1, für den in Abs. 1 nicht erwähnten Kläger aber eine Ergänzung des § 418 enthält und endlich, daß die Bestimmung des § 427 Abs. 2 für beide Parteien einen wesentlich gleichen Inhalt haben muß. Für den Angeklagten ergibt schon der äußere Zusammenhang, daß die Anwendung des § 139 nicht bloß auf die Beistandschaft oder Verteidigung beschränkt sein soll; denn in Abs. 1 ist nicht bloß von dem Rechtsanwalt die Rede, in dessen Beistand der Angeklagte erscheinen, sondern auch von dem, durch den er sich in der Hauptverhandlung vertreten lassen kann. Wäre nur die Verteidigung gemeint, so wäre Abs. 2 überflüssig, da die allgemeinen Bestimmungen über die Verteidigung, darunter § 139 StPO., ohnehin anzuwenden wären (vgl. Löwe Anm. 6 zu § 427). Bezieht sich aber die durch § 427 Abs. 2 StPO. mit § 139 begründete Substitutionsbefugnis beim Angeklagten auch auf den Fall der Vertretung, so muß das Gleiche für den Kläger und seinen Anwalt gelten. Mit dieser Auslegung steht nicht im Widerspruche, wenn Löwe a. a. O. Anm. 3 zu § 418 sagt: „Die Frage, ob jemand, der nicht Rechtsanwalt ist, als Beistand oder Vertreter eines Privatklägers auftreten dürfe, wird, da sie von den sonstigen Bestimmungen des Abschnittes nicht berührt wird, nur nach Maßgabe des § 418 zu beantworten sein und insoweit verneint werden müssen." Denn es handelt sich dabei offensichtlich nur um die dem Kläger zustehende Wahl eines Beistandes oder Vertreters, nicht um die Frage, ob der zulässig bestellte Rechtsanwalt persönlich tätig werden muß oder seine Rechte übertragen kann, und es soll damit hervorgehoben werden, daß der Kläger in diesem Punkte schlechter gestellt ist als der Angeklagte, der nach den allgemeinen Vorschriften über „Verteidigung" und „Beistände" (vgl. Löwe a. a. O. Anm. 6 zu § 427) weitergehende Rechte hat. Gerade hinsichtlich der Substitutionsbefugnis hat ja das Gesetz in § 427 Abs. 2 den Anwalt des Klägers dem des Angeklagten gleichgestellt. In Anm. 2 zu § 427 StPO. heißt es denn auch bei der Bemerkung, daß andere Bevollmächtigte als Rechtsanwälte nicht zugelassen seien, ausdrücklich: „vgl. übrigens § 139."

Die Richtigkeit dieser Auffassung bestätigt auch die Entstehungsgeschichte. Der Entwurf der StPO. enthielt weder den § 139 noch den § 427 Abs. 2. Als Wahlverteidiger waren, abgesehen von den Rechtslehrern, nur Rechtsanwälte zugelassen (Entw. § 125, Hahn, Mat. z. StPO. S. 19). Dem entsprach es, daß auch in den Bestimmungen über die Privatklage nur Anwälte erwähnt wurden (Entw. §§ 338, 350, 358, 362, Hahn a. a. O. S. 44 ff.). § 362 Abs. 1 des Entwurfes bestimmte: „In der Hauptverhandlung können die Parteien im Beistande von Rechtsanwälten erscheinen oder sich auf Grund einer Vollmacht durch solche vertreten lassen." Im Laufe der Kommissionsberatungen erhielt diese Bestimmung ihre jetzige dem § 427 Abs. 1 des Gesetzes entsprechende, nur den Angeklagten betreffende Fassung, während die Frage der Vertretung des Klägers in § 358 des Entwurfes (§ 418 des Gesetzes) ihre Regelung fand. Die Bestimmungen über die Verteidigung wurden zunächst dahin erweitert, daß als Verteidiger mit Genehmigung des Gerichtes auch andere Personen wählbar sein sollten, dann erhielt der Entwurf in § 125a (§ 139 des Gesetzes) die Bestimmung, wonach der als Verteidiger gewählte Rechtsanwalt mit Zustimmung des Angeklagten einem Rechtskundigen die Verteidigung übertragen kann (Hahn a. a. O. S. 952 ff., 967 ff.). Nachdem diese Bestimmung angenommen worden war, fragte ein Kommissionsmitglied an, ob der im § 362 erwähnte Rechtsanwalt sich gemäß § 125a durch einen Rechtskundigen vertreten lassen dürfe. Der Vertreter der Regierung erwiderte, die logische Folge des früheren, die Aufnahme des § 125a betreffenden Beschlusses spreche dafür; aus der für die „Verteidigung" getroffenen Bestimmung folge es jedoch nicht ohne weiteres. Daraufhin fügte die Kommission dem § 362 Abs. 1 des Entwurfes den Zusatz bei: „Die Bestimmung in § 125a findet auch hier Anwendung" (Hahn a. a. O. S. 1098). Dieser Zusatz wurde mit redaktionellen Aenderungen zum § 427 Abs. 2 des Gesetzes. Hieraus

ergibt sich, daß § 427 Abs. 2 die gesamte Tätigkeit des Rechtsanwaltes betrifft. Der Rechtsanwalt kann also auch die Vertretung des Klägers in der Hauptverhandlung einem Rechtskundigen im Sinne des § 139 der StPO. übertragen.[1]) (Urteil vom 7. Mai 1906).

527 Mitgeteilt von Landgerichtsrat Degg in Würzburg.

Aus der Praxis des bayer. Verwaltungsgerichtshofs.

Verfügung eines Polizeibediensteten über einen ohne richterliche Anordnung beschlagnahmten Gegenstand. Schutzleute hatten bei einer des verbotenen Vogelfanges verdächtigen Person vier seit kurzer Zeit eingefangene Grasmücken beschlagnahmt, die in einem ganz engen Käfig untergebracht waren. Da zu befürchten stand, die Vögel würden sterben, wenn sie länger in dem Käfige gefangen gehalten würden, und daher die Uebersendung des Käfigs an das Amtsgericht zur Bestätigung der Beschlagnahme (§ 98 Abs. 2 StPO.) untunlich war, ließen die Schutzleute die Vögel frei. Der Angeschuldigte, der sich hierdurch geschädigt fühlte, wollte den Staat auf Schadensersatz wegen Verletzung der Amtspflicht durch die Schutzleute verklagen und beantragte Vorentscheidung des VGH. nach Art. 7 Abs. 2 des VGHG. Der VGH. entschied, daß keine Pflichtverletzung vorliege. Zur Begründung führte er aus, daß die Belassung der Vögel in der Gefangenschaft die Handhabung der Vogelschutz-Polizei unmöglich gemacht und in das Gegenteil verkehrt hätte. Es sei selbstverständlich, daß die Polizeibehörden die nach Lage der Sache entsprechenden Vorkehrungen zu treffen hätten, wenn beschlagnahmte Gegenstände wegen der Gefahr des Verderbens nicht aufbewahrt werden könnten. (Verh. d. K. d. Abg. 1871/2, Beil. S. 102). Uebrigens seien die Polizeibehörden nach Art. 102 AG. z. StPO. verpflichtet, den Uebertretungen der Strafgesetze zuvorzukommen und sie, wenn möglich, in ihrem Laufe zu unterdrücken. Die enge Einsperrung der Vögel aber sei eine Aergernis erregende Tierquälerei gewesen (§ 360 Nr. 13 StGB.), so daß auch aus diesem Gesichtspunkt die Freilassung geboten gewesen sei (Entsch. d. VGH. vom 13. Juni 1906, Bd. XVII S. 123). ---n.

695

Literatur.

Reumiller Joseph, Rat am Landgerichte München I. Zivilprozeßordnung für das Deutsche Reich vom 30. Januar 1877. In der Fassung der Bek. vom 20. Mai 1898 mit den Abänderungen des RG. vom 5. Juni 1905. Handausgabe mit Erläuterungen unter besonderer Berücksichtigung der bayer. Gesetzgebung und Rechtspflege nebst einem Anhange, enthaltend einen Auszug aus dem GVG. 2. umgearbeitete Auflage. München 1906, J. Schweitzer Verlag (Arthur Sellier). Lieferung 1 und 2 (bis § 715) geh. Mk. 4.80.

Dieser originelle Handkommentar erscheint in etwas veränderter Form. Einzelne Zusammenstellungen von Entscheidungen und von Gesetzesstellen sind gestrichen, Format und Druck sind verkleinert. Ohne Verringerung des sachlichen Inhalts ist das Buch noch knapper geworden als zuvor und bietet jetzt auf engstem Raume eine unermeßliche Fülle von Stoff. Die Arbeit erhebt sich weit über die breite Masse der sogenannten „Textausgaben mit Erläuterungen“, bei denen in der Regel die Anmerkungen ohne Schaden gestrichen werden könnten. Man erkennt sofort die Schöpfung eines ungewöhnlich erfahrenen Praktikers, der auch in das kleinste Detail der Rechtsanwendung hineinleuchtet. von der Pfordten

Notizen.

Die **Dienstverhältnisse der Gendarmeriemannschaft** werden neu geregelt durch eine am 1. Januar 1907 in Kraft tretende Allerh. VO. vom 7. Dezember 1906 (GVBl. Nr. 72 S. 849). Es ist aus ihr hervorzuheben, daß die Mannschaften der Gendarmerie vom Oberwachtmeister abwärts künftighin hinsichtlich der Gehalts- und Pensionsverhältnisse den nichtpragmatischen Staatsbeamten und Bediensteten im Sinne der VO. vom 26. Juni 1894 gleichgestellt werden. Die Stelle des Sergeanten fällt weg. Die am 1. Januar 1907 im aktiven Dienste befindlichen Sergeanten erhalten Titel, Rang und Abzeichen von Vizewachtmeistern (Offizierskokarde, Offiziersportepee). Die Stationskommandanten rücken unter Beibehaltung des bisherigen Titels in den Rang der Sergeanten des aktiven Heeres auf und erhalten die bisherige Uniform der Gendarmeriesergeanten. Sie können bei längerer Dienstzeit zu Vizewachtmeistern ernannt werden. Im § 3 der VO. werden der Dienstaustritt, die Dienstesenthebung usw. geregelt. Der Verordnung ist ein Gehaltsregulativ beigegeben.

Fortdauer der Haftung des Zubehörs nach Erlöschen der Hypothek durch den Zuschlag. In den Abhandlungen über die Behandlung des Zubehörs in der Zwangsversteigerung, die im 2. Jahrgange dieser Zeitschrift veröffentlicht wurden (S. 89, 116, 205, 215, 395, 417), wurde u. a. mehrmals die Frage gestreift, ob die Haftung der Zubehörstücke für eine Hypothek das Erlöschen des Hypothekenrechts durch den Zuschlag (§ 91 ZwVG.) dann überdauern kann, wenn die Zubehörstücke von der Versteigerung ausgenommen wurden. (Vgl. zu der Frage auch Kretzschmar, Das Sachenrecht des BGB., Bem. 5 zu § 1121 BGB.). Das OLG. Braunschweig hat kürzlich in einem Erkenntnisse vom 25. Oktober 1906 (auszugsweise mitgeteilt im Recht 1906 S. 1262 unter Nr. 3056) die Frage bejaht und ausgesprochen, daß die Haftung mindestens bis zur Aufhebung des Beschlagnahmeverfahrens fortdauere. Ob eine Haftung über diesen Zeitpunkt hinaus anerkannt wird, läßt sich aus dem mitgeteilten Bruchstücke der Entscheidungsgründe nicht mit voller Sicherheit entnehmen, zumal der dem Falle zugrunde liegende Tatbestand völlig verschwiegen wird. Ungenau ist übrigens die in den Gründen niedergelegte Bemerkung, die pfandrechtliche Haftung des Zubehörs entstehe durch die Beschlagnahme (§ 20 Abs. 2 ZwVG.). Die Unterwerfung der Zubehörstücke unter das Recht des Hypothekengläubigers ist durch § 1120 BGB. verordnet. Die Beschlagnahme verwirklicht und verstärkt die Haftung nur, indem sie das Verfügungsrecht des Schuldners einengt und die Möglichkeit des Erlöschens der Haftung nach § 1121 Abs. 1 BGB. beschränkt.

714

[1]) In dem gleichen Sinne jedoch ohne nähere Begründung und ohne Anwendung auf § 431 Abs. 2 StPO.: von Kries, Lehrb. des deutschen Strafprozeßrechts 1892 S. 249, Bennecke, Lehrb. des deutschen Reichsstrafprozeßrechts 1895 S. 645 Anm. 31, Stenglein, Komm. z. StPO. 3. Aufl. 1898 Anm 3 zu § 418 und Anm. 3 zu § 427 und Rosenfeld, Der Reichsstrafprozeß 1901 S. 204.

Verantwortl. Herausgeber: Th. von der Pfordten, K. Landgerichtsrat, verw. im Staatsministerium d. Justiz.

Eigentum von J. Schweitzer Verlag (Arthur Sellier) in München.
Druck von Dr. Franz Paul Datterer & Cie., G. m. b. H., Freising.

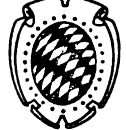
Nr. 2. München, den 15. Januar 1907. 3. Jahrg.

Zeitschrift für Rechtspflege in Bayern

Herausgegeben von
Th. von der Pfordten
K. Landgerichtsrat, verw. im K. Bayer. Staatsministerium der Justiz.

Verlag von
J. Schweitzer Verlag
(Arthur Sellier)
in München, Lenbachplatz 1.

Die Zeitschrift erscheint am 1. und 15. jeden Monats im Umfange von mindestens 2 Bogen. Preis vierteljährlich Mk. 3.—. Bestellungen übernimmt jede Buchhandlung und Postanstalt (Postzeitungsliste für Bayern Nr. 974a).



Redaktion und Expedition: München, Lenbachplatz 1. Insertionsgebühr 30 Pfg. für die halbgespaltene Petitzeile oder deren Raum. Bei Wiederholungen Rabatt. Stellenanzeigen 20 Pfg. Beilagen nach Uebereinkunft.

Zum Rechte des Viehkaufs. — Einige kleinere Streitfragen.

Von Professor **Krückmann** in Münster i. W.

I. Arglistiges Verschweigen von Nichthauptmängeln.

In Jahrg. II Nr. 11 u. 22 dieser Zeitschrift sind die beiden gegenteiligen Meinungen von Then und Stölzle zum Ausdruck gekommen, daß arglistiges Verschweigen von Nichthauptmängeln beim Viehkauf immer zur Anfechtung berechtige und daß alle Male eine Täuschung des Käufers notwendig sei.

Zunächst ist Then Recht zu geben, wenn er sich gegen Stölzles Formel: „Verschweigen von Nichthauptmängeln sei nicht arglistiges Verschweigen im Sinne des Gesetzes", wendet. Diese Formel ist zweifellos unrichtig und es ist unbezweifelbar, daß Arglist Arglist bleibt. Es sei an das bekannte Wort von Hengst und Stute erinnert: Das Gesetz kann alles, aber es kann aus einer Stute keinen Hengst machen oder so ähnlich. Stölzle hat die Grenzen der Gesetzesmacht übersehen, als er S. 37 seiner Schrift sagte: „Verschweigen eines nicht zu den Hauptmängeln gehörigen erheblichen Fehlers ist nicht arglistiges Verschweigen." Trotzdem bleibt sein Ergebnis, was das Kaufrecht angeht, richtig, es ist nur unrichtig begründet. Anderseits ist der Angriff Thens berechtigt, aber sein Ergebnis ist nicht begründet, ein Beweis, daß die Wahrheit anders zu formulieren ist. Praktisch macht Stölzle von ihr Gebrauch, wenn er in dieser Zeitschrift Jahrg. II S. 437 sagt: „Der Verkäufer sei nicht verpflichtet, etwa vorhandene Nichthauptmängel dem Käufer zu offenbaren." Er fällt aber sofort wieder in seinen Irrtum, wenn er unmittelbar darauf sagt: „Arglistiges Verschweigen kann nur bezüglich der Hauptmängel begangen werden, denn nur für diese wird kraft Gesetzes gehaftet."

Die Wahrheit, die Stölzle aber nicht allgemein theoretisch zu formulieren vermocht hat, ist, daß arglistiges Verschweigen von Nichthauptmängeln zwar zweifellos Arglist ist und bleibt, daß diese Arglist aber vom Standpunkte des Kaufrechtes aus (leider!) nicht widerrechtlich ist. Die Widerrechtlichkeit ist es, auf die die Entscheidung abgestellt werden muß und zwar, was wohl zu beachten, die Widerrechtlichkeit nach Kaufrecht, nicht die Widerrechtlichkeit schlechthin, absolut, sondern nur die relative Widerrechtlichkeit des Kaufrechts. Auch dies tritt in der Formel Stölzles nicht genügend hervor und kann irreleiten. Es zeigt sich. wie durch eine zutreffende wissenschaftliche Formulierung alle Mißverständnisse im Keim erstickt werden, so daß wissenschaftliche Streitigkeiten und aussichtslose Prozesse gar nicht aufkommen können. Ich habe in meiner Schrift Anfechtung, Wandelung und Schadensersatz beim Viehkauf S. 112 schon vor nahezu drei Jahren es ausführlich entwickelt, daß es auf die Widerrechtlichkeit ankomme und verweise hierauf.

An Thens Ausführung ist es gefährlich, daß er mit einem Sprung aus dem Kaufrecht in das Anfechtungsrecht hineinkommt. Richtig ist, daß das Kaufrecht dem Anfechtungsrecht nicht präjudiziert (diesem Nachweis sind die ersten 38 Seiten meiner Schrift gewidmet). Was die Tatfrage betrifft, wann § 123 BGB. erfüllt sei, so hat Stölzle ja Recht, wenn er theoretisch den Unterschied zwischen Täuschung und Verschweigen betont, aber praktisch läßt sich denn doch etwas mehr helfen, wenn man nur nicht zu ängstlich und bedenklich in der Annahme einer Täuschung ist.

Das eigentliche und beste Hilfsmittel aber ist § 826, denn diese Bestimmung sieht ganz davon ab, ob das schädigende Verhalten an sich absolut oder relativ rechtswidrig ist (vgl. hierüber meine Schrift S. 121 ff.). Stölzle, S. 45, will § 826 nur bei arglistiger Täuschung anwenden, das kann richtig sein, wenn man das richtige darunter versteht. Nach § 826 ist es nicht nötig, positiv zu täuschen, sondern es genügt schon das bloße Nichtaufklären, wenn sich der Verkäufer sagt, der Käufer werde durch die Aufklärung, wenn auch nur über etwaige Zweifel, stutzig werden und vom Kaufe ganz oder unter den abgemachten

Bedingungen abstehen. Eine positive Veranstaltung zur Täuschung ist nicht nötig.

II. Die Verjährung bei der Trächtigkeitsgarantie.

In Nr. 1 dieses Jahrg. der JW. S. 2 ff. hat Schefold die Trächtigkeitszusage juristisch in einer Weise analysiert, die mir theoretisch und praktisch unrichtig zu sein scheint. Ich habe mich über diesen Punkt schon früher ausführlich ausgelassen in meiner schon oben zitierten Schrift S. 65 ff., wo ich insbesondere die Irrtümer Stölzles und die Mißgriffe der Praxis bekämpft habe. Ich verweise auch, was die Widersprüche und Gewaltsamkeiten Stölzles angeht, auf meine dortige Darstellung.

Zunächst muß man sich doch fragen, was das einfachste und natürlichste ist, ob die Trächtigkeitsgarantie eine Gewährfrist oder eine bloße Garantiefrist ist. Ich meine doch unbedingt nur das letztere. [1]) An die Verzwicktheiten der Gewährfrist denken die Parteien nur ausnahmsweise.

Ferner hat die Beweisvermutung des § 484 hier gar keinen praktischen Sinn. Die Nichtträchtigkeit kann doch nur aus dem Zustande des Tieres erwiesen werden, was soll da noch § 484? Entweder die Parteien denken gar nicht an ihn oder sie sind unvernünftig.

Entgegen den Ausführungen von Stölzle und Schefold ist die Zusage des Verkäufers immer und unter allen Umständen dahin zu verstehen, daß eine zur Zeit der Zusage vorhandene, in einem bestimmten Stadium der Entwicklung befindliche Trächtigkeit zugesichert wird, eine Trächtigkeit, die normalerweise zu dem angegebenen Termin ihr Ende findet.

Die Annahme einer so lange dauernden Gewährfrist widerspricht dem Wesen der Gewährfrist, eine solche Gewährfrist als Gewährfrist ist in sich sinnlos. Ferner sagt Schefold (S. 3): „Freilich wenn sich schon vor dem normalen Ende der Trächtigkeitsdauer, z. B. infolge einer Notschlachtung, zeigt, daß eine Kuh nicht trächtig ist, so wird jetzt schon und nicht erst mit dem späteren Termin, wie er beim Kaufvertrag gedacht und gesetzt worden ist, die Verjährung beginnen." Nicht dieser Ausnahmefall aber, sondern die Regel des Lebens ist maßgebend für die juristische Konstruktion der Gewährfrist. Ich bin, wie unten zu zeigen, seit jeher zu demselben **praktischen** Ergebnis gelangt, aber auf Grund anderer Erwägungen. Schefold verwechselt Regel und Begriff. Der letztere verträgt schlechthin keine einzige Ausnahme und darum darf Schefold hier auch keine Ausnahme zulassen. Was begrifflich Gewährfrist von bestimmter abgemachter Dauer ist, muß es bleiben, mögen tausend praktische Gründe dagegen sprechen. **Dann ist eben die Voraussetzung falsch und es liegt keine Gewährfrist vor.**

Entsprechend muß sich Schefold mit der Anzeigepflicht und -frist des § 485 abfinden. Er hilft sich damit, daß er einfach postuliert, sie komme nicht zur Anwendung; einen Beweis für seine Behauptung hat er nicht erbracht und kann er auch nicht erbringen. Insbesondere kann Schefold, was er auch gar nicht versucht hat, § 492 S. 1 zweiten Halbsatz nicht ausschalten. Da ist Stölzle denn doch folgerichtiger, der mit dieser Anzeigepflicht Ernst macht, allerdings sehr zum Schaden des rechtsuchenden Publikums. Man mag die Sache drehen und wenden, wie man will, man wird um diese Anzeigepflicht gar nicht herumkommen und damit die Trächtigkeitszusagen in den meisten Fällen gegenstandslos machen.

Alle diese theoretischen und praktischen Bedenken werden vermieden, wenn man die Konstruktion annimmt, die ich in meiner Schrift schon früher verteidigt habe. Eine Gewährfrist liegt überhaupt nicht vor, sondern eine einfache Gutsage wegen eines bestimmten zur Zeit der Gutsage vorhandenen Stadiums der Trächtigkeit. Daher auch im Zweifel Ausschluß der Wandelung, wenn das Kalben sich verspätet, denn die Terminsangabe soll nur den Zustand der Trächtigkeit annähernd bezeichnen. An sich beginnt die Verjährung sofort, wird aber hinausgeschoben durch § 202 I BGB.; denn der Verkäufer kann dem Käufer, bis der Termin verstrichen ist, immer entgegenhalten, daß der Käufer erst den abgemachten Termin abzuwarten habe. Bei der Schlachtung, der Notschlachtung dagegen entfällt dieses Recht des Verkäufers selbstverständlich, denn nun ist die vermißte Gewißheit da. Der Verkäufer konnte ja doch nur Schutz gegen die Ungewißheit und ihre Ausbeutung durch den Käufer verlangen. Bedienen wir uns des § 202, [1]) so

[1]) Jetzt auch Stölzle JW 35 S. 374. Er rettet jedoch die Situation nicht, wenn er unterscheidet zwischen Gutsage für Trächtigkeit schlechthin und Gutsage für Trächtigkeit mit einem bestimmten Endtermin (Trächtigkeit von drei Monaten, kalben oder fohlen bis nächsten 1. März). Es ist unerfindlich, warum in den beiden letzten Fällen eine Gewährfrist vorliegen soll, in dem ersten nicht. Stölzles bestes Argument ist, daß es an einer bestimmten Frist fehle. Auch dies ist nicht richtig. Wird Trächtigkeit schlechthin zugesichert, so wird gutgesagt, daß die Kuh mindestens so trächtig sei, als sei sie eben erst besprungen, und berechnet man dann die **Höchstdauer** der Trächtigkeit, so ist ein sicheres Ende der Frist gewonnen. Stölzle will die normale Zeitdauer berechnen, das geht aber wegen der Abmachung nicht, denn der Verkäufer behält sich selbstverständlich vor, sich auf eine ausnahmsweise lange Trächtigkeitsdauer auch berufen zu können. Seine Gutsage, daß das Tier trächtig sei, ist ja tatsächlich erfüllt! Ich verweise hierfür auf meine eingehenden Darlegungen in meiner Schrift S. 65 ff., die bisher noch nicht widerlegt worden sind. Legen wir die Höchstdauer zugrunde, so sind wir aus der Verlegenheit, die normale Dauer bestimmen zu müssen, heraus.

[1]) So wie hier haben meine Zuhörer in Greifswald schon vor 5 Jahren diesen Fall ganz aus sich selbst heraus entschieden.

werden alle Gewaltsamkeiten Stölzles und Schefolds vermieden.

Bezeichnend ist, daß Stölzle, der JW. S. 374 f. einige zutreffende Bemerkungen gegen Schefold macht, doch schließlich nichts Besseres zu raten weiß, als daß die Leute sich eine andere Art der Garantie angewöhnen sollen. Das ist gar nicht nötig: wenn man nur genau zusieht, kann man dieser Gutsage, auch der Gutsage für Trächtigkeit schlechthin ohne Angabe einer Zeit, sehr wohl beikommen, womit wiederum bewiesen wird, daß gute Theorie auch stets gute Praxis ist.

Sondergerichtsbarkeit für Patentsachen.

Von **Dr. Joseph Gunz**, Sekretär der Handels- und Gewerbekammer für Mittelfranken in Nürnberg.

I.

Das Erbe einer Generation, die in schwerem Kampfe ihre Güter erwarb, sollte wohl geschützt und gegen Angriffe verteidigt werden.

Ererbtes Recht genießt selten diesen Vorzug; jedes Zeitalter nimmt für sich in Anspruch, sich selbst sein Recht nach seinen Bedürfnissen zu schaffen, und gibt hierin keinen Gefühlen Raum.

So besitzen wir längst nicht mehr, oder besaßen eigentlich nie vollkommen die einst so heiß ersehnte Einheit von Recht und Gericht für alle Stände und Berufsarten, und in vielen Fällen waren es wohlverstandene Interessen, die sich bei der Durchbrechung dieses Prinzipes durchsetzten. Doch die ideale Forderung blieb bestehen; die meisten wünschen ihre Verwirklichung und verzichten hierauf nur in dem Gefühle, daß das Leben nicht alles Schöne verwirklichen kann. Allein diese Erkenntnis darf nicht zur Schwäche führen; jeder Fall muß geprüft werden, in dem eine Abweichung vom Prinzip gefordert wird. Oder es muß der Streit um das Prinzip selbst ausgetragen werden. Fast jeder Tag mahnt uns an die Erfüllung dieser Pflicht; einen Beitrag zu diesem Werk sollen die folgenden Zeilen bilden.

Es liegt mir fern, zu der prinzipiellen Frage das Wort zu ergreifen; dieses Amt fällt Berufeneren zu. Auch wage ich es zu bezweifeln, ob mit einer solchen Erörterung, deren dogmatische Bedeutung ich natürlich gerne anerkenne, praktisch Erfolge zu erzielen sind. Für den Gesetzgeber naht die Notwendigkeit der Stellungnahme in so verschiedener Form, jeder Einzelfall ist so eigenartig gelagert, daß die allgemeinen Gesichtspunkte vielfach hinter Forderungen zurücktreten, die schlechterdings eine individuelle Behandlung notwendig erscheinen lassen oder doch wenigstens so nahelegen, daß mit Bedenken theoretischer Natur wenig auszurichten ist.

Dies erwies zuletzt der Kampf um die Kaufmannsgerichte, er diene uns darum als Lehre.

Seit einer Reihe von Jahren machen die Techniker gegen unsere Justiz geltend, sie vermöge die Anforderungen nicht zu erfüllen, die die Urteilsfällung in Rechtssachen aus ihrem Arbeitsgebiet an den Richter stelle. Der „Deutsche Verein zum Schutz des gewerblichen Eigentums", ein Verein, der freilich auch viele Juristen umfaßt, hat sich auf Grund eingehender Vorarbeiten der hierzu eingesetzten Ausschüsse bereits auf drei Kongressen, in Frankfurt a/M. 1900, Cöln 1901 und Hamburg 1902, mit der Frage der Sondergerichtsbarkeit in Patentsachen befaßt. Nach Bejahung der Bedürfnisfrage wurden die Richtlinien für die Gerichtsverfassung beraten und schließlich die Ergebnisse der Arbeit im Jahre 1903 in einer Denkschrift zusammengefaßt, die nunmehr ein geschlossenes Bild des erstrebten Zustandes gibt.

Die werbende Kraft eines fertigen, abgerundeten Projektes ist an und für sich nicht zu unterschätzen. Dazu gesellt sich der große Einfluß des propagierenden Vereins, dem eine Anzahl von Vertretern der bedeutendsten Industriezweige angehört. Hilfreich kommen der Bewegung auch gewisse Mißstände entgegen, die unser Prozeßverfahren immerhin zuweilen etwas schleppend gestalten, desgleichen die Ueberlastung mancher Gerichte, deren Folgen vielfach dem Gerichtssystem zur Last gelegt werden.

Seit dem Erscheinen jener Denkschrift hat der Verein nicht geruht; er sorgt für Verbreitung seiner Ideen in den Kreisen von Handel und Industrie. Augenblicklich beschäftigen die aufgestellten Leitsätze zahlreiche deutsche Handelskammern sowie den Deutschen Handelstag; die technischen Vereine wenden selbstverständlich der Frage ihre Aufmerksamkeit zu. Die Reichsregierung wird nicht umhin können, nach der einen oder anderen Seite Stellung zu nehmen, und ob sie das Gut der Gerichtseinheit entschlossen verteidigen wird, wird niemand im voraus zu entscheiden wagen.

Soviel steht fest, die Erscheinung verdient die volle Aufmerksamkeit der Juristen.

Dies ist um so dringender erforderlich, als Kongresse meiner Empfindung nach doch nicht geeignet sind, über Materien von so großer prinzipieller Bedeutung wirklich maßgebende Entscheidungen zu ermöglichen. Die Diskussion von Person zu Person verleitet zur ungleichmäßigen Behandlung des Stoffes; am Anfang wird zu ausführlich, am Schlusse der Sitzung zu hastig verhandelt. Gegenstände von untergeordneter Bedeutung und solche von höchstem Gewicht können gerade im umgekehrten Verhältnis in der Erörterung erscheinen. Schließlich läßt sich nicht verhüten, daß Zufallsmehrheiten die Entscheidung herbeiführen, und die reinlich dastehenden Reso-

lutionen geben dann möglicherweise gar kein richtiges Bild über die tatsächliche Verteilung der Meinungen. Alle diese Momente nötigen dazu, sich noch immer mit den Voraussetzungen der erhobenen Forderungen zu befassen und vor den Mehrheitsbeschlüssen nicht respektvoll Halt zu machen.

Es sind namentlich drei Gründe, die für die Notwendigkeit der erstrebten Sondergerichtsbarkeit angeführt werden.

1. Die Juristen zeigen sich nicht befähigt, in Fragen der Technik zu Gericht zu sitzen; sie befinden sich in Abhängigkeit von den Sachverständigen; diese werden von ihnen vielfach ohne Geschick ausgewählt. Die Richter verstehen es nicht, deren Tätigkeit durch zutreffende Aufstellung der zu begutachtenden Thesen in die richtige Bahn zu lenken. Oft führt die eigene Urteilslosigkeit des Richters und ein nicht zurückgewiesener Uebergriff des Sachverständigen dazu, daß dieser in der Rechtsfrage selbst sein Votum abgibt; besonders häufig sind auch Fehlsprüche.

2. Die Abhängigkeit des Richters vom Sachverständigen trägt die Schuld an der langen Dauer der Prozesse über technische Streitigkeiten. Hierdurch wird die Häufung von — meist sich widersprechenden — Gutachten in zwei Instanzen bedingt. Für das praktische Leben ist oft das schließlich ergehende Urteil gar nicht mehr von Bedeutung, da die Geltungsdauer der zu schützenden Rechte inzwischen abgelaufen ist oder der Verkehr sich anders eingerichtet hat. Die Aufgabe der Justiz, dem gegenwärtigen Bedürfnis schnell zu dienen, wird somit nicht erfüllt.

3. Die Prozeßverschleppung und die Notwendigkeit vieler Sachverständiger verteuert den Rechtsstreit so sehr, daß häufig dessen Gegenstand den Kostenaufwand nicht rechtfertigt.

Das Heilmittel wird in der Schaffung von Sondergerichten erblickt, deren Spruchkollegien sich aus juristischen und technischen Richtern zusammensetzen sollen.

Es hat nun sein Bedenkliches für den Juristen, gegen diese Bemängelungen selbst Stellung zu nehmen; seine Meinung kann so leicht als nicht vorurteilsfrei erscheinen, wenn er die Standesgenossen verteidigt; auch können in der Tat für und gegen Behauptungen der angeführten Gattung gar keine bündigen Beweise erbracht werden, da fast jedes Gerichtsurteil schließlich für richtig oder falsch angesehen und auch fast jeder Prozeßgang nach Inhalt oder Dauer in verschiedenem Sinne beurteilt werden kann.

Wichtiger aber und fruchtbringender ist es, in die Abänderungsvorschläge einzudringen; denn nur das Bessere soll wenigstens des Guten oder — sagen wir — des Bestehenden Feind sein. Dieser Weg soll darum im folgenden eingeschlagen werden.

II.

Nach den Beschlüssen der genannten Kongresse sollen folgende 5 Gesichtspunkte[1]) für die Neuorganisation maßgebend sein:

1. Es erscheint nach den bisherigen Ergebnissen unserer Rechtsprechung in Patentsachen eine Aenderung der Gesetzgebung notwendig dahin, daß die bisher nur von rechtsgelehrten Richtern abgeurteilten Sachen (Eingriffsstreite, Abhängigkeitsklagen usw.) ebenso wie schon jetzt die Nichtigkeits- und Zurücknahmeklagen von Gerichten abgeurteilt werden, die aus Juristen und Technikern als ständigen Richtern zusammengesetzt sind.

2. a) In Patentgerichtshöfe sind technische Richter nur im Hauptamte zu berufen.

b) Die technischen Richter müssen auf Grund ihrer theoretischen und praktischen Vorbildung imstande sein, den Ausführungen der Parteien und Sachverständigen mit Sicherheit zu folgen, sollen aber nicht die Sachverständigen — Gutachter — ersetzen.

c) Die Patentgerichtshöfe sollen aus 5 Kammern bestehen, und zwar: 1. Kammer für Streitsachen aus dem Gebiete des Maschinenbaues; 2. Kammer für Streitsachen aus dem Gebiete der chemischen Technik; 3. Kammer für Streitsachen aus dem Gebiete des Bergbaues, Hüttenwesens, der Feuerungsanlagen, der Gießerei, Gasbereitung, Landwirtschaft (ausschließlich landwirtschaftlicher Maschinen); 4. Kammer für Streitsachen aus dem Gebiete der physikalischen Technik, insbesondere der Elektrotechnik und Feinmechanik; 5. Kammer für Streitsachen aus dem Gebiete des Baufaches, des Bauingenieurwesens, des Schiffsbaues und der handwerksmäßigen Technik (ausschließlich Maschinenbau).

d) Die Kammern eines Patentgerichts sind in erster Instanz mit einem rechtskundigen Vorsitzenden und zwei technischen Beisitzern zu besetzen.

e) In der zweiten Instanz sind dem Leitsatz c entsprechende Senate zu errichten; sie sind mit einem rechtskundigen Präsidenten und zwei rechtskundigen und zwei technischen Beisitzern zu besetzen.

3. Die Gerichtsbarkeit erster Instanz ist zu zentralisieren. Sie umfaßt alle Verletzungssachen, einschließlich Feststellungsklagen und die Nichtigkeits- und Zurücknahmesachen. Als erste und zweite Instanz soll ein aus Kammern und Senaten bestehender Zentralgerichtshof zuständig sein.

4. Die Revision in allen Sachen, für welche der Zentralgerichtshof in zweiter Instanz zuständig ist, geht ohne Rücksicht auf den Wert des Streitgegenstandes an das Reichsgericht.

5. In allen von diesen Gerichtshöfen zu verhandelnden Streitigkeiten ist auf Verlangen sowohl der Partei als auch dem Beistande das Wort zu gestatten. § 157 der Zivilprozeßordnung und

[1]) S. Denkschrift über die bisherigen Arbeiten des Deutschen Vereins für den Schutz des gewerblichen Eigentums. Berlin 1903. S. 1 ff.



§ 18 der Patentanwaltsgesetze bleiben hiervon unberührt.

III.

1. Der Leser dieser Leitsätze wird bei Punkt 3 wohl überrascht werden durch die Wahrnehmung, daß die „Patentgerichtshöfe" des Punktes 2 eigentlich nur ein Gerichtshof sind. Die merkwürdige Fassung des Textes hat ihren guten, oder vielmehr schlechten Grund. Die Kommission nämlich, die die Richtlinien dem Hamburger Kongreß vorlegte, verlangte Dezentralisation der 1. Instanz, also mehrere Gerichtshöfe. Der Kongreß nahm aus noch zu erwähnenden Erwägungen den entgegengesetzten Standpunkt ein. Es zeugt von der Hast der Beschlußfassung, daß man für den neuen Grundsatz die Voraussetzungen nicht entsprechend zu redigieren die Zeit fand.

Die Frage der Zentralisation oder Dezentralisation aber ist der Angelpunkt der ganzen Angelegenheit.

a) Es liegt klar zutage und wurde auch nicht ernsthaft bestritten, daß die erstere Art der Organisation Nachteile gegenüber der letzteren an sich trägt. Ich für meinen Teil bin der Meinung, daß sie im Ernstfalle unmöglich ist.

Man kann es meines Erachtens den Prozeßparteien nicht zumuten, jeden Rechtsstreit der besonderen Art vor diesem Zentralgericht zu führen, als dessen Sitz kaum ein anderer Ort als Berlin in Betracht kommen könnte.

Die Reisen zur Gerichtsstelle, die Notwendigkeit eines Korrespondenzanwalts, die Unmöglichkeit oder doch Kostspieligkeit, Sachverständige und Zeugen aus der Heimat des Rechtsstreites dem Prozeßgericht unmittelbar vorzuführen, die Schwierigkeit für das Gericht, örtliche Eigenarten der Industrie oder sonstiger Momente in Betracht zu ziehen, die Verzögerung des Prozeßganges durch die erforderlichen Korrespondenzen zwischen Anwalt, Korrespondenzanwalt und Partei auf beiden Seiten, die Gefahr der Erstarrung der Rechtsprechung bei stetiger Aufeinanderfolge der Urteile der drei nämlichen zentralisierten Instanzgerichte, und noch manche andere Argumente, auf deren erschöpfende Aufzählung wohl verzichtet werden kann, lassen diese Lösung der Organisationsfrage als unbrauchbar erscheinen.

b) In der Tat entsprang sie auch nur der Not des Augenblicks, als die Kongreßverhandlungen die Unmöglichkeit der von der Kommission vorgeschlagenen Dezentralisation erwiesen hatten.

Das Prinzip der Dezentralisation ist das der gemeinen Gerichtsverfassung, jedem möglichst am Domizil sein Recht zu sprechen. Allein auch hier könnte im günstigsten Falle nur an die Bildung von höchstens 5—6 Gerichten in den bedeutendsten Industriezentren gedacht werden. Hierbei könnten noch nicht mit Sicherheit so wichtige Gebiete Berücksichtigung finden, wie München, Augsburg oder Nürnberg. Ein guter Teil der Einwendungen gegen das Zentralgericht bestände also mit kaum verringerter Schärfe fort. Noch beachtenswerter aber sind die Fragen nach der Besetzung, der Beschäftigung und der Deckung der Kosten der dergestalt geschaffenen Gerichte.

Die erste Frage gab den Ausschlag für die Zentralisation. Man hielt es einfach für ausgeschlossen, daß sich die erforderliche Zahl technisch hoch qualifizierter Bewerber um das Richteramt dauernd finden werde. Es verdient betont zu werden, daß der Jurist dem Techniker gegenüber demnach ein wahres Muster von Anspruchslosigkeit ist. Der letzte Umstand beansprucht natürlich nicht weniger Beachtung; die riesige Mehrbelastung durch diese teuren Sondergerichte würde keiner der Bundesstaaten sich aufbürden wollen.

Zweifellos am wichtigsten aber ist die mittlere Frage, und auffallenderweise trat gerade sie in allen Beratungen nur ganz wenig in den Vordergrund. Und doch kann selbstverständlich nur dann an die Schaffung der neuen Organe der Rechtspflege gegangen werden, wenn auch der faktische Bedürfnisnachweis für sie erbracht ist.

Das Material zur Beantwortung dieser Frage ist leider nicht in der wünschenswerten Weise vorhanden. Eine Bitte des Präsidenten des Deutschen Handelstages um Aufstellung einer Statistik der in den letzten Jahren geführten Patentprozesse wurde durch eine Entschließung des Staatssekretärs des Reichs-Justizamtes vom 1. November 1906 unter Berufung auf ein Schreiben des preußischen Justizministers vom 8. Oktober 1906 mit Rücksicht auf die hiermit verbundene Belastung der Gerichte abschlägig verbeschieden. Auch aus den Kongreßverhandlungen sind nur wenige zahlenmäßige Aufschlüsse zu gewinnen; immerhin genügen sie wohl zur Ermöglichung eines Urteils. Darnach wurden im Jahre 1899 vom Reichsgericht 33 Patentprozesse entschieden (Dr. Richard Alexander-Katz in Frankfurt 1900); in demselben Jahre zählte man an dem Landgericht Berlin I 107, im Jahre 1900 ebendort 62 Patentprozesse (RA. Magnus in Cöln 1901).

RA. Häuser bezifferte auf dem Hamburger Kongreß 1902 die Zahl der Patentprozesse vor dem Reichsgericht im Jahre 1899 auf 43[1]), diejenige der Gebrauchsmusterprozesse auf 28, im Jahre 1900 auf 34 bzw. 19, im Jahre 1901 auf 53 bzw. 25. Nach demselben Gewährsmann waren 1901 am OLG. Frankfurt 14 und am OLG. Cöln 17 Patent- und Gebrauchsmusterprozesse anhängig.

Selbst wenn man davon absieht, daß die Patentsachen erfahrungsgemäß in höherem Prozentsatz als die übrigen Prozesse mehrere Instanzen beschäftigen, und weiter berücksichtigt, daß viel-

[1]) Der Unterschied der von Alexander-Katz und Häuser angegebenen Zahlen rührt vielleicht davon her, daß jener die Urteile, dieser die Prozesse zählte.



leicht jetzt mancher Rechtsstreit aus Unzufriedenheit mit der Arbeit der ordentlichen Gerichte unterbleibt, kann man sich der Ueberzeugung nicht verschließen, daß der vorhandene Stoff kaum ein Sondergericht, geschweige denn mehrere zu beschäftigen vermag. Der Richter aber wiederum bedarf der Praxis so gut wie jeder andere Arbeiter, um zur erforderlichen Geschäftsgewandtheit und Erfahrung zu gelangen. Auch wäre es ausgeschlossen, für Ruheposten tüchtige Männer zu gewinnen.

c) Außerhalb der Kongreßverhandlungen tauchte der Vorschlag auf, die Vorzüge der Zentralisation und Dezentralisation dadurch nach Möglichkeit zu vereinigen, daß die 5 Kammern (s. Leitsatz 2 c) voneinander getrennt an fünf verschiedenen Orten, den Hauptplätzen der jeweils meistinteressierten Industrie, errichtet würden. Das Projekt kann jedoch die Schwächen des Kompromisses nicht verleugnen. Es wird nicht möglich sein, sich über diese „Prozeßherde" zu einigen; wo sollte z. B. die 3. Kammer untergebracht werden, im Rheinland, in Schlesien oder in Sachsen, oder wo die 5. Kammer, die den Schiffsbau und die handwerksmäßige Technik mit einem Bande umschließen will?

Es bleibt also bei den Hauptnachteilen der Zentralisation; dazu kommt eine ähnliche Kostspieligkeit wie bei der Dezentralisation. Als neue Nachteile stellen sich ein die Unmöglichkeit eines Zusammenarbeitens der Kammern und die Notwendigkeit ihrer stärkeren Besetzung, um die Gefahr der Beschlußunfähigkeit abzuwenden und eine Beurlaubung von Richtern zu ermöglichen.

2. Die Kongreßbeschlüsse fordern ständige technische Richter im Hauptamte, die in der ersten Instanz die Mehrzahl bilden sollen.

Die Frage, ob sich die erforderliche Zahl tüchtiger Kräfte dauernd finden werde, wurde bereits gestreift. Ihre Bedeutung wird dadurch in das richtige Licht gerückt, daß auch viele Techniker sie negativ beantworteten.

Allein zu bedenken ist auch, ob nicht der Techniker, der zum Richter wird und nun sich auch juristische Kenntnisse und Praxis aneignen muß, im Laufe der Jahre durch seine einseitige Tätigkeit die Fühlung mit der Praxis verlieren und dadurch in ähnliche Abhängigkeit von den Sachverständigen geraten wird, wie man sie den Juristen nachsagt. Es ist ja die Zuständigkeit jeder einzelnen Kammer so weit gezogen, daß kaum ein Techniker wirklich in allen Fällen in der Lage sein wird, „den Ausführungen der Parteien und Sachverständigen mit Sicherheit zu folgen"; man denke an die verschiedenen Anforderungen, die irgend ein Spezialartikel der Farbenchemie oder der Nahrungsmittelchemie (2. Kammer), oder eine Frage des Hüttenwesens oder der Landwirtschaft (3. Kammer) an den Richter stellen. Verlangt man hier mehr Sachkunde, als sie eine zweckmäßige Vorbildung auch dem Juristen vermitteln kann, so wird nur allzuoft der Techniker Schiffbruch leiden.

Zudem muß die Verwendung des Richters in einer Kammer mit sachlich begrenztem Arbeitsfeld schließlich zur Einseitigkeit führen, die ihn bestenfalls zum Urteilsvirtuosen auf seinem Gebiete ausbildet, aber ihn der Fähigkeit beraubt, auch abliegende Fragen der Technik zu beurteilen. Es dürfte eine gegenseitige Vertretung der Richter dadurch außerordentlich erschwert werden.

Aber abgesehen von diesen Schwierigkeiten bildet die Zusammensetzung der Kammern an und für sich bereits eine Gefahr für deren ersprießliche Wirksamkeit.

Die Techniker sind in der ersten Instanz in der Lage, den Juristen zu überstimmen; seine Stellung kann dadurch leicht zu derjenigen des Beraters über die Rechtsfrage herabsinken. Sind aber die Techniker entgegengesetzter Meinung, so hängt die Entscheidung von dem Juristen ab; bezweifelt man in der Gegenwart seine Befähigung hierzu, so muß man folgerichtig diese Anschauung auch auf jene zukünftige Situation übertragen.

Wichtiger als dies Bedenken ist noch der Umstand, daß die geheime Beratung über technische Fragen entscheidet, ohne daß die Parteien die Möglichkeit der Korrektur haben. Es ist nur menschlich, wenn die Techniker im Vertrauen auf ihre Sachkenntnis seltener, als dies jetzt üblich ist, Sachverständige zu Wort kommen lassen. Die Folge ist, daß die Parteien erst an dem Urteil Kritik üben können, also möglicherweise den Gewinn des Sondergerichts mit dem Verlust einer Instanz bezahlen müssen. Man kann hiergegen nicht einwenden, daß ja der Richter auch seine Ansicht in der Rechtsfrage nicht der Diskussion unterstelle. Es liegt auf der Hand, daß die Klärung der Tatsachenfrage von der Urteilsfällung zu trennen ist.

Werden aber wie bisher Sachverständige nach den Anträgen der Parteien gehört — was ja vernünftigerweise auch nicht als entbehrlich bezeichnet wird —, so wird sich wohl kaum die ersehnte ausgiebige Kürzung des Verfahrens erzielen lassen.

3. a) Es ist schwer zu verstehen, warum gerade Patent- und Gebrauchsmusterprozesse einer Sondergerichtsbarkeit unterstellt werden sollen, da doch zweifellos technische Fragen nicht minder schwieriger Art ebensogut und -oft auch in anderen Prozessen auftauchen. Diese willkürliche Art der Grenzziehung schafft technische Rechtsstreitigkeiten erster und zweiter Klasse, ein Zustand, mit dem man sich nicht befreunden kann.

Ferner sollen Strafsachen, die Patente und Gebrauchsmuster betreffen, der ordentlichen Gerichtsbarkeit zur Aburteilung verbleiben. Die Kommission, die der Hamburger Tagung Richtlinien vorlegte, nahm bei der letzten Lesung ihrer Beschlüsse diesen Standpunkt neben anderen Gründen vornehmlich deswegen ein, weil „das eigentliche Patentdelikt

von den konkurrierenden Delikten nicht getrennt werden könne".

Der Glaube, daß dieses Moment für die Zivilprozesse weniger Gewicht beanspruche als in der Strafjustiz, erscheint mir als ein verhängnisvoller Irrtum. Die Patentverletzungsklage kann verbunden sein mit derjenigen wegen unlauteren Wettbewerbs, unerlaubter Handlung, ungerechtfertigter Bereicherung; sie kann Bestandteil eines ganzen Komplexes von Anspruchsverletzungen sein. Sie kann den Gegenstand einer Widerklage bilden, oder es kann ihr mit einer solchen aus dem Gebiete des bürgerlichen Rechts begegnet werden. Kurzum eine Fülle von Kombinationen kann die gewerblichen Schutzansprüche zu anderen Rechtsgebilden in Beziehung setzen. Trotzdem aber sollen sie aus diesem Zusammenhang gerissen und einer ausschließlichen Gerichtsbarkeit unterstellt werden.

Bisher nehmen ja die Nichtigkeits- und Zurücknahmeklagen bereits eine Sonderstellung ein; sie werden im Wege der Inzidentfeststellungsklage von einer Abteilung des Reichspatentamts entschieden, während inzwischen der Rechtsstreit, in dessen Verlauf sie etwa auftauchten, ausgesetzt werden kann.

Allein diese Klagen lösen ein im allgemeinen Interesse zu erledigendes verwaltungsrechtliches Verfahren aus, sie ruhen auf öffentlichrechtlicher Grundlage (s. Kohler, Handbuch des deutschen Patentrechts, 1900, § 344); damit mag der Eingriff in die ordentliche Gerichtsbarkeit erklärt werden.

Derselbe Gesichtspunkt gilt aber nicht für die anderen Patentprozesse; auch ist nicht an ein Inzidentfeststellungsverfahren gedacht, das immerhin den Patentprozeß noch nicht aus aller Verbindung mit dem übrigen Klagestoff loslöst, sondern a l l e Patentprozesse, Patentverletzungs- und -anmaßungs- wie auch -nichtigkeits- und -zurücknahmeklagen sollen als selbständige Zivilprozesse vor dem Sondergericht geführt werden.

Wird wirklich durch diese Gerichte Gewähr für Verminderung der Fehlsprüche geboten, so wird dieser Vorzug reichlich dadurch wett gemacht, daß die Neuorganisation eine Quelle für widersprechende Urteile in derselben Rechtssache eröffnet.

Von einer Verbilligung und Beschleunigung kann in diesem Zusammenhange schon gar nicht gesprochen werden, wo als notwendige Folge der künstlich aufgeführten Scheidewand eine Mehrung der Prozesse eintreten muß.

b) Die Einteilung des Sondergerichts in fünf Kammern ist willkürlich, so sorgfältig auch von der ausarbeitenden Kommission die Verwandtschaft der Gebiete berücksichtigt und die Zahl der in Frage kommenden Schutzrechte (Patente und Gebrauchsmuster) abgewogen wurde. Der erste Blick auf die Einteilung der Kammern lehrt, daß die Technik zu vielgestaltig auftritt, als daß ihre Erscheinungsformen sich auf eine so geringe Zahl von Gruppen zurückführen ließen. Bereits oben (s. II 2 c) wurde auf einzelne Auswüchse hingewiesen; es ließe sich mühelos ein Vielfaches an Zahl aufführen.

Als ein anderes Uebel der beliebten Kasuistik stellt sich ein, daß die Zugehörigkeit eines Objektes zu der einen oder anderen Klasse zweifelhaft sein kann. So wurde bereits von Praktikern darauf hingewiesen, daß Spielsachen eigentlich jeder Kammer, höchstens mit Ausnahme der dritten, zufallen können; es sei auch hier auf die Aufzählung weiterer Beispiele der Selbstverständlichkeit der These wegen verzichtet. Natürliche Folge solcher Möglichkeiten ist eine Menge positiver und negativer Kompetenzstreitigkeiten der Kammern, die das Verfahren mit unfruchtbarer Arbeit belasten und zur Verschleppung führen.

Was aber soll geschehen, wenn ein Schutzgegenstand sich gar nicht in das Gebiet e i n e r Kammer einreihen läßt, weil er eben demjenigen mehrerer Kammern angehört, ein Fall, der sich unzählige Male ereignen wird? Soll hier die obere Instanz nach Gutdünken eine Kammer als zuständig erklären, und woher sollen deren Richter, glänzende Spezialisten auf ihrem Gebiete, die Sachkenntnis für die Entscheidung der Fragen nehmen, die ihnen urplötzlich angesonnen wird? Das Kammernsystem scheint mir nach alledem undurchführbar zu sein.

Gegen einen nicht gegliederten Gerichtshof machen die Techniker selbst geltend, daß er den Anforderungen nicht genügen könne, die an ein technisches Sondergericht zu stellen seien. Man befindet sich in einem schwierigen Dilemma, wenn man unter solchen Umständen an dem Sondergericht festhalten will.

4. Die Reformatoren des Patentprozesses fordern die Zulässigkeit der Revision vor dem Reichsgericht für alle Rechtsstreitigkeiten ohne Beschränkung durch den Streitwert, sofern sie zur Zuständigkeit des Patentgerichtshofes gehört hatten. Dieses Verlangen wurde ohne Diskussion vom Hamburger Kongreß unterstützt. Ein wirkliches Bedürfnis wird trotzdem nicht anerkannt werden können, da nicht jeder Patent- oder Gebrauchsmusterprozeß so schwerwiegende Interessen behandelt, daß eine Durchbrechung der allgemeinen Zuständigkeitsgrundsätze gerechtfertigt wäre. Zudem ist gar nicht daran zu denken, dem Reichsgericht diese Mehrbelastung zuzumuten, nachdem erst jüngst unter großen Opfern der rechtsuchenden Bevölkerung eine geringfügige Entlastung des arbeitsüberhäuften Gerichtshofes erzielt worden ist.

Es wäre demnach kaum nötig, auf diese Forderung weiter einzugehen, wenn sie nicht ein verkapptes Eingeständnis der Unzulänglichkeit der unteren Instanzen enthielte. Es wird durch sie eine rein juristische Ueberprüfung der Urteile für notwendig erklärt; andere Gründe kann ich mir für die in Anspruch genommene Sonderbehandlung nicht denken. Allein dies heißt der obersten Instanz die Arbeit der untersten Instanz zumuten

und das Publikum in seinem Rechte verkürzen. Sind die technischen Gerichte den ordentlichen nicht gleichwertig, so daß ihre Urteile einer vermehrten Verbesserungsmöglichkeit bedürfen, so ist damit auch der Stab über sie gebrochen.

Man verweise nicht auf den jetzigen Nichtigkeits- und Zurücknahmeprozeß, der unbeschränkt die Berufung an das Reichsgericht zuläßt. Hier mußte eine zweite Instanz geschaffen werden, während es eine Revision überhaupt nicht gibt. Der Punkt 4 der Leitsätze ist daher einer der bedenklichsten des ganzen Projektes.

IV.

Nach allen vorausgehenden Beanstandungen darf wohl die Unzulänglichkeit der aufgestellten Richtlinien als nachgewiesen betrachtet werden. Natürlich ist deshalb, selbst wenn dies Urteil von den maßgebenden Kreisen geteilt wird, der Plan der Sondergerichtsbarkeit nicht aus der Welt geschafft. Der Wege viele führen nach Rom, und bekanntlich wurde diese Stadt auch nicht an einem Tage gebaut.

Gegen zukünftige Konstruktionen kann noch nicht Stellung genommen werden. Wenn es auch unwahrscheinlich ist, so ist es nicht unmöglich, daß es ihnen gelingt, den Gefahren aus dem Wege zu gehen, die bis jetzt nicht überwunden wurden. Auch ist kein Rechtsprinzip unwandelbar; auch dasjenige der Einheit von Recht und Gericht kann seine Berechtigung verlieren, wenn andere Lösungen dem Bedürfnis des Volkes besser zu genügen verstehen, als der gegenwärtige Stand der Gesetzgebung. Das dargebotenene Reformationswerk aber ist jedenfalls nicht geeignet, als Besseres das Vorhandene zu ersetzen.

Die Verteidiger der Einheit der Rechtsprechung sind noch nicht widerlegt; mir scheinen auch die Fehler des angegriffenen Systems in ihrer vollen Schwere noch nicht überzeugend nachgewiesen zu sein, geschweige denn daß die Wege zur Besserung gewiesen wären. Zudem ist, selbst wenn das Bedürfnis einer Aenderung der Zusammensetzung des Richterstandes anerkannt werden sollte, möglicherweise durch eine ausgiebigere ehrenamtliche Heranziehung der Techniker zu den Handelskammern, schließlich auch noch durch die Bildung ebensolcher technischer Kammern an zentral gelegenen Landgerichten für mehrere solche ein befriedigendes Ergebnis zu erzielen.

Eines aber läßt sich unzweifelhaft feststellen: eine weitverbreitete Unzufriedenheit mit der ordentlichen Rechtsprechung auf dem Gebiete der Technik. Mag sie auch zu allzu radikalen Forderungen geführt haben — denn nicht jedes Gebrechen eines Gliedes darf durch Amputation beseitigt werden — gefährlich und falsch wäre es doch, sich jeder Lehre aus diesem Ansturm zu entziehen.

Der Jurist bedarf besserer Vorbildung für die Beurteilung technischer Fragen; eine Berücksichtigung dessen in seinem Bildungsgang, vorzugsweise während der akademischen Semester, ist zur unabweisbaren Notwendigkeit geworden.

Läßt es sich erreichen, daß der Jurist die Fähigkeit gewinnt, Fragen der Technik mit derselben Sachkunde zu überblicken, wie sie ihm gegenüber Fragen des sonstigen wirtschaftlichen Lebens zur Verfügung steht, lernt der Jurist, das Prozeßmaterial in jedem Falle so zu formen, daß der Sachverständige durch ihn geführt und zur gedeihlichen Mitarbeit angehalten, aber an Uebergriffen gehindert wird, so wird er auch das Vertrauen derjenigen Kreise zurückgewinnen können, die jetzt nur in der Vermischung heterogener Elemente in der Rechtsprechung und in der Durchführung einer berufsständisch gegliederten Gerichtsverfassung die Gewähr für den Schutz ihrer Interessen erblicken.

Das Pfandleihgewerbe in Bayern.

Von **Dr. Johannes Merkel**, Ratsassessor in Nürnberg.

Das Pfandleihgewerbe, d. h. das „gewerbsmäßige Leihen von Geld gegen Verpfändung von gewöhnlichen Verbrauchsgegenständen“[1]) unterlag nach der Gewerbeordnung vom 21. Juni 1869 lediglich der polizeilichen Anzeigepflicht (§ 35 Abs. IV); außerdem bestand die polizeiliche Untersagungsmöglichkeit hinsichtlich eines bestehenden Pfandleihgewerbes, wenn der Eigentümer wegen aus Gewinnsucht begangener Vergehen oder Verbrechen gegen das Eigentum bestraft worden ist (§ 35 Abs. II). Bereits am 12. November 1874 erging auf Grund des § 360 Nr. 12 des StGB. eine Ministerialbekanntmachung (GVBl. 1874 S. 565 ff.) zur Regelung des Pfandleihgewerbes, welche naturgemäß nicht von weittragender Bedeutung sein konnte. Das Abänderungsgesetz zur Gewerbeordnung vom 23. Juli 1879 brachte sodann für das Pfandleihgewerbe die polizeiliche Genehmigungspflicht (§ 34 Abs. I) und räumte den „Zentralbehörden“ der Bundesstaaten die Befugnis ein, soweit nicht die Landesgesetze Bestimmungen treffen, Vorschriften über den Umfang, die Befugnisse, die Verpflichtungen und den Geschäftsbetrieb der Pfandleiher zu erlassen. Von dieser Befugnis hat das bayerische Staatsministerium des Innern in der Bekanntmachung vom 12. August 1879, den Geschäftsbetrieb der Pfandleiher betr. (GVBl. 1879 S. 771 ff.), Gebrauch gemacht. In allerjüngster Zeit nun, am 5. November 1906, ist eine neue Bekanntmachung des Staatsministeriums des Kgl. Hauses und des Aeußern über das Pfandleihgewerbe erschienen (GVBl. 1906 S. 799 ff.),

[1]) So die Begriffsbestimmung bei von Landmann, Kommentar zur Gewerbeordnung, 5. Auflage, Anm. 2 zu § 34 S. 322.



welche unter Aufhebung der erwähnten Bekanntmachung vom 12. August 1879 eine Neuregelung der Verhältnisse des Pfandleihgewerbes durch Anpassung an die Bestimmungen des Bürgerlichen Gesetzbuches mit teilweise tiefgehenden Aenderungen gebracht hat. Die neuen Bestimmungen sind mit dem 1. Januar 1907 in Kraft getreten.

Die demnach nunmehr in Bayern für die Pfandleihgeschäfte geltenden Bestimmungen lassen sich in zwei Gruppen teilen: diejenigen, welche die äußerliche Betätigung des Pfandleihgeschäfts betreffen (Formvorschriften), und diejenigen, welche sich auf den einzelnen gewerbsmäßigen Pfandleihvertrag selbst beziehen (Rechtsvorschriften).

Bei Besprechung der ersteren ist zunächst hervorzuheben, daß, während die MBek. von 1879 zufolge Ziff 13 „auf gemeindliche Pfandleihanstalten keine Anwendung" fand, die neuen Ministerialvorschriften eine solche Beschränkung nicht mehr enthalten. Hieraus kann jedoch nicht geschlossen werden, daß sie nun auch auf alle gemeindlichen Pfandanstalten ohne weiteres Anwendung zu finden haben. Die Ministerialvorschriften fußen auf der Gewerbeordnung; sie erstrecken sich daher nur auf solche Betriebe, welche unter die Bestimmungen der Gewerbeordnung fallen. Als Gewerbebetriebe aber erscheinen nur solche, deren Betätigung „auf Erwerb gerichtet ist und berufsmäßig ausgeübt wird".[1] Demnach können auch gemeindliche Pfandleihanstalten wohl unter die Bestimmungen der Gewerbeordnung und die Ministerialvorschriften fallen, notwendig ist dies jedoch nicht. Maßgebend wird im allgemeinen sein, ob die gemeindliche Pfandleihanstalt als Einnahmequelle, wie z. B. gemeindliche Gas- oder Elektrizitätswerke, gemeindliche Straßenbahnen usw. betrieben wird, oder ob deren Unterhaltung in erster Linie aus öffentlichen Interessen erfolgt; hierbei kann die Erhebung von Gebühren zur Deckung der Unterhaltskosten der Anstalt, wie die Erzielung geringfügiger Betriebsüberschüsse die gemeindliche Pfandleihanstalt noch nicht zu einer „gewerbsmäßigen" stempeln. Erscheint aber eine gemeindliche Pfandleihanstalt als eine „gewerbsmäßige", so unterliegt sie auch allen für das Pfandleihgewerbe bestehenden Vorschriften.[2]

Die Ausübung des Pfandleihgewerbes ist von der vorher erteilten polizeilichen Erlaubnis abhängig; diese Erlaubnis ist zu versagen, „wenn Tatsachen vorliegen, welche die Unzuverlässigkeit des Nachsuchenden in bezug auf den beabsichtigten Gewerbebetrieb dartun" (§ 34 Abs. I GewO.). Die Feststellung der Unzuverlässigkeit des Nachsuchenden ist dem Ermessen der entscheidenden Behörden anheimgestellt; die Unzuverlässigkeit kann sowohl in strafrechtlichen Verfehlungen, insbesondere Verfehlungen gegen fremdes Eigentum (Diebstahl, Betrug, Unterschlagung, Hehlerei, Wucher u. a.), als auch in der persönlichen Unfähigkeit oder Ungeeignetheit des Gesuchstellers gefunden werden.[1] Infolge Mangels der bei der Genehmigungserteilung vorausgesetzten Eigenschaften[2] des Gesuchstellers kann die erteilte Genehmigung wieder zurückgenommen werden, ebenso wenn die Unrichtigkeit der der Genehmigung zugrunde gelegten Nachweise dargetan ist (§ 53 Abs. II u. I GewO.). Ist dies durch Ortsstatut bestimmt, so ist die Genehmigung überdies nur bei nachgewiesenem örtlichen Bedürfnisse zu erteilen (§ 34 Abs. I, § 142 GewO., § 15 Abs. III der Allerh. VO. vom 29. März 1892 — GVBl. S. 61 ff. — den Vollzug der Gewerbeordnung betr.). Zuständig zur Erteilung, wie zur Zurücknahme der Genehmigung sind die Distriktsverwaltungsbehörden, in München die Polizeidirektion (§ 15 Abs. I u. II der angef. Allerh. VO., § 1 der MBek. vom 5. Nov. 1906). Gegen deren Entscheidung ist innerhalb vierzehn Tagen ausschließender Frist Beschwerde zur vorgesetzten Kreisregierung, Kammer des Innern, zulässig, welche im verwaltungsrechtlichen Senat entscheidet; deren Entscheidung ist innerhalb gleicher Frist beim Verwaltungsgerichtshofe anfechtbar, welcher endgültig entscheidet.

Bei Erteilung der Genehmigung hat die Polizeibehörde zu bestimmen, in welcher Höhe und in welcher Weise durch den Pfandleiher Sicherheit zu leisten ist; hinsichtlich der Art der Sicherheit sind die Bestimmungen des BGB. (§§ 232 bis 240) zu beachten. Die Höhe der Sicherheit soll in Orten unter 15000 Einwohnern 1000 Mk., in größeren 3000 Mk.[3] betragen, kann aber, je nach dem Geschäftsumfang bis zur Hälfte ermäßigt oder bis zum Doppelten erhöht werden (§ 12 Abs. I, II, III MBek.). Die hinterlegte Sicherheit dient zur Sicherstellung der dem Verpfänder oder dem Pfandeigentümer gegenüber dem Pfandleiher allenfalls zustehenden Ansprüche (§ 12 Abs. IV MBek.).

Hinsichtlich des Geschäftsbetriebes selbst ist eine Reihe allgemeiner Vorschriften von den Pfandleihern zu beachten. Zunächst sind Geschäftsbücher nach den von dem Ministerium aufgestellten Mustern zu halten, und zwar eines für Juwelen, Gold- und Silbersachen und eines für alle sonstigen Pfänder. Vor Ingebrauchnahme sind diese dauerhaft zu bindenden und mit fortlaufenden Seitenzahlen zu versehenden Geschäftsbücher, in welche alle Pfandgeschäfte nach fortlaufender Reihenfolge einzutragen sind, der Distriktspolizeibehörde zur

---

[1] Vgl. Näheres hierüber bei Landmann a. a. O. Einleitung Ziff. 5 II S. 35 ff.

[2] Siehe Landmann a. a. O. S. 37 unten und Anm. 1 hierzu.

[1] Vgl. Landmann a. a. O. Anm. 5a zu § 34 S. 327 und Anm. 4 zu § 35 S. 334 ff.

[2] Hierunter fallen auch wiederholte schwerere Verfehlungen gegen die einschlägigen Geschäftsvorschriften.

[3] Nach der MBek. von 1879 bezifferte dieser Betrag nur 2000 Mk.

Genehmigung und Abstempelung vorzulegen; letzteres hat auch mit den abgeschlossenen Geschäftsbüchern zu geschehen, welche vom Pfandleiher aufbewahrt werden müssen und nur mit Genehmigung der Distriktspolizeibehörde ganz oder teilweise vernichtet werden dürfen. Bei Geschäftsaufgabe gilt das gleiche, soferne die Bücher der Distriktspolizeibehörde nicht zur Aufbewahrung übergeben werden wollen (§ 13 MBek.).

Die Pfänder sind mit den Nummern, unter welchen der Eintrag in die Geschäftsbücher erfolgte, zu versehen, und in geeigneten Räumen, deren Auswahl und jeweilige Veränderung der Genehmigung der Distriktspolizeibehörde unterliegt, aufzubewahren; die Ordnung der Pfänder muß ihre jederzeitige leichte Auffindbarkeit ermöglichen (§ 4 MBek.).[1] Feuer- und Einbruchdiebstahls-Versicherung hat nach Maßgabe des tatsächlichen Geschäftsumfanges[2]) zu erfolgen (§ 5 MBek.).

Der gesamte geschäftliche Schriftwechsel ist nebst allen Geschäftsbelegen mindestens drei Jahre lang, Mitteilungen über gestohlene, verlorene oder sonst abhanden gekommene Gegenstände sind mindestens ein Jahr lang aufzubewahren, der geschäftliche Schriftwechsel kann auch der Distriktspolizeibehörde mit deren Genehmigung übergeben werden (§ 15 der MBek.)[3]); von geschäftlich ihm bekannt gewordenen strafbaren Handlungen hat der Pfandleiher der Polizeibehörde Kenntnis zu geben (§ 18 der MBek.).

Den Polizeibeamten ist jederzeit Zutritt zu den Geschäfts- und Lagerräumen und Einsicht in den geschäftlichen Schriftwechsel, die Bücher usw. zu gestatten (§ 19 MBek.).

Die Ministerialbekanntmachung selbst (§ 20 daselbst) ist in dem Geschäftsraum mit Kundenverkehr deutlich und sichtbar aufzuhängen.

Das BGB. hat über das „Pfandrecht an beweglichen Sachen" in den §§ 1204 bis 1258 — Schiffspfandrechte (§§ 1259 ff.) kommen hier der Natur der Sache nach nicht in Betracht — eingehende Bestimmungen getroffen; hinsichtlich des Geschäftsbetriebes der gewerblichen Pfandleiher und der Pfandleihanstalten hat aber Art. 94 Abs. I EG. z. BGB. die landesgesetzlichen Vorschriften unberührt gelassen, wie solche in § 38 Abs. I der GewO. bereits vorbehalten waren. Solche Vorschriften, als Gesetze erlassen, bestanden und bestehen in Bayern nicht; die bürgerlich-rechtliche Seite des gewerbsmäßigen Pfandleihvertrages ist vielmehr gleichfalls durch die MBek. vom 5. November 1906 geregelt auf Grund der durch § 38 Abs. I der GewO. den Landeszentralbehörden erteilten Ermächtigung.[1]) Indem jedoch § 23 Abs. IV der MBek. die erwähnten Bestimmungen des BGB. für anwendbar erklärt, „soweit nicht diese Bekanntmachung etwas anderes bestimmt", unterliegt der gewerbsmäßige Pfandleihvertrag auch nach seiner bürgerlich-rechtlichen Seite zwar in erster Linie den landesrechtlichen Bestimmungen der MBek. vom 5. November 1906, bei deren Versagen im einzelnen Falle aber den allgemeinen pfandrechtlichen Vorschriften des BGB. Die Anwendbarkeit der Bestimmungen des BGB. beschränkt sich jedoch nicht auf die §§ 1204 bis 1258; soweit für Pfandleihverträge nämlich die allgemeinen Bestimmungen des BGB. im Einzelfalle Anwendung zu finden haben, ist dies auch hinsichtlich der gewerbsmäßigen Pfandleihverträge der Fall, selbstverständlich vorbehaltlich der Bestimmungen der MBek.

Die Ministerialvorschriften verbieten nun zunächst den Pfandleihern die Vornahme einer Reihe von Geschäften, die nach den Bestimmungen des BGB. zulässig sind. So ist untersagt:

die Vornahme von Pfandgeschäften mit jugendlichen Personen ohne Zustimmung eines Elternteiles oder des Vormundes (§ 3 Ziff. 1),

die Inpfandnahme ganzer Warenposten oder Partiewaren (§ 3 Ziff. 2), von beschmutzten Kleidern, Leinen und Betten (§ 3 Ziff. 4),

die Annahme von Pfändern durch Pfandvermittler ohne ordnungsmäßigen Auszug aus deren Geschäftsbüchern (§ 3 Ziff. 5),

die Weiterübertragung der Pfänder ohne Zustimmung der Verpfänder[2]) (§ 3 Ziff. 3),

der Ankauf, die Belehnung oder der Handel mit Pfandscheinen (§ 16 Abs. III).

Die Uebertretung dieser Verbote ist der Natur der Sache nach nur im Wege des Rechtsgeschäftes mit Dritten möglich. Diese Rechtsgeschäfte sind aber nach § 134 BGB. nichtig; die auf § 38 Abs. I der GewO. beruhende MBek. erscheint als Rechtsnorm im Sinne des Art. 2 EG. z. BGB.,[3]) die erwähnten Verbote sind daher „gesetzliche" im Sinne des § 134 BGB. Ein seitens eines Pfandleihers gegen das Verbot des § 3 Ziff. 1, 2 oder 4 MBek. abgeschlossenes Geschäft unterliegt daher nicht den pfandrechtlichen Bestimmungen der MBek., bzw. des BGB., es dürfte vielmehr darauf im Hinblicke auf § 140 des BGB. hinsichtlich des vorgeschossenen Geldbetrages die Bestimmungen

[1]) Diese Vorschriften bedeuten für die gewerbsmäßigen Pfandleiher eine bedeutende Erweiterung der durch § 1215 dem Pfandgläubiger auferlegten Aufbewahrungspflicht.

[2]) D. h. also nach dem Gesamtwerte der Pfänder; da dieser zu den verschiedenen Zeiten des Jahres verschieden sein wird, wird die Versicherung mindestens den Durchschnittswert der hinterlegten Pfänder decken müssen. Versicherung gegen Einbruchsdiebstahl kannte die MBek. von 1879 (Ziff. 3) nicht.

[3]) Die MBek. von 1879 enthielt (Ziff. 10 Satz 1) hinsichtlich des geschäftlichen Schriftwechsels keine Bestimmung.

[1]) Vgl. hierüber die Notiz: „Neuerungen in der Regelung des Pfandleihgewerbes" in der Nummer 24/1906 dieser Zeitschrift.

[2]) Hat mit Zustimmung des Verpfänders eine Uebertragung des Pfandes stattgefunden, so finden die §§ 1250, 1251 BGB. Anwendung.

[3]) Vgl. Planck, BGB. Anm. 2 zu Art. 2 EG. Bd. VI S. 16.

der §§ 607 bis 610 BGB. über das Darlehen, hinsichtlich der übergebenen Sache die §§ 688 bis 700 BGB. über die Verwahrung Anwendung zu finden haben, wobei jedoch weder eine Vereinbarung über Zinsentrichtung[1]) (§ 608 BGB.), noch eine solche über Vergütung für die Aufbewahrung (§ 688 BGB.) anzunehmen ist. Gleiches ist der Fall bei der Belehnung von Pfandscheinen, während beim An- oder Verkauf von solchen (Verbot des § 16 Abs. III), sowie bei Uebertragung von Pfändern an Dritte ohne Zustimmung des Verpfänders (§ 3 Ziff. 3) ein Rechtsgeschäft überhaupt nicht zustande gekommen ist. Schwieriger gestaltet sich die Beurteilung der verbotswidrigen Pfänderannahme von Pfandvermittlern (§ 3 Ziff. 5), weil in diesem Falle der Pfandleiher nicht in unmittelbare Beziehung zu dem Verpfänder tritt.

Hierzu ist nun darauf hinzuweisen, daß die Tätigkeit der Pfandvermittler in gleicher Weise wie diejenige der Pfandleiher der polizeilichen Genehmigungspflicht durch § 34 Abs. I GewO. unterstellt ist und daß § 38 Abs. I GewO. die Landeszentralbehörden auch zur Regelung des Geschäftsbetriebes der Pfandvermittler ermächtigt hat. Hiervon ist in Bayern unmittelbar kein Gebrauch gemacht worden[2]); die Pfandvermittler fallen zurzeit noch unter die MBek. vom 18. Dezember 1883 (GVBl. 1883 S. 495 ff.) betr. die in § 35 Abs. III der GewO. aufgeführten Gewerbebetriebe (d. h. die gewerbsmäßigen Besorger fremder Rechtsangelegenheiten, sog. Kommissionäre). Der nach § 3 Ziff. 5 MBek. vorzulegende Geschäftsbücherauszug muß daher den in der MBek. vom 18. Dezember 1883 über Geschäftsbücher aufgestellten Bestimmungen entsprechen. Bei Verpfändung durch einen Pfandvermittler sind nun zweierlei verschiedene Rechtsgeschäfte zu unterscheiden. Das Verhältnis zwischen dem Verpfänder und dem Pfandvermittler erscheint rechtlich als Mäklervertrag,[3]) seine Beziehungen richten sich daher nach den Bestimmungen der §§ 652 ff. BGB. Zu dem Pfandgläubiger tritt der Pfandvermittler in kein Vertragsverhältnis (vgl. Planck, BGB. Vorbemerkung III Abs. VI zu § 652, Bd. II S. 394). Durch die erfolgte Pfandvermittlung ist vielmehr unmittelbar das Vertragsverhältnis zwischen Verpfänder und Pfandgläubiger hergestellt; es treffen darauf alle für das gewerbsmäßige Pfandleihgeschäft geltenden Bestimmungen zu. Erfolgt nun die Pfandvermittlung entgegen der Bestimmung des § 3 Ziff. 5 MBek., so ist das vermittelte Pfandgeschäft gemäß § 134 BGB., wie oben dargetan, nichtig. Für die dem Verpfänder hieraus allenfalls erwachsenden nachteiligen Folgen haftet ihm der Pfandvermittler aus dem Mäklervertrag nach den allgemeinen Bestimmungen über Schadensersatz (§§ 823 ff. BGB.).

(Schluß folgt.)

[1]) Die getroffene Zinsvereinbarung bildet ja einen Bestandteil des nichtigen, also unwirksamen „Pfandvertrages“.

[2]) Die Erlassung ministerieller Bestimmungen über den Geschäftsbetrieb der gewerbsmäßigen Pfandvermittler steht jedoch bevor.

[3]) Die Bestimmungen über den Auftrag (§§ 662 ff. BGB.) können um deswillen nicht in Betracht kommen, weil diese nur die unentgeltliche Geschäftsbesorgung betreffen (Planck, BGB., Vorbemerkung I 1 zu § 622 Bd. II S. 409), die — gewerbsmäßige — Pfandvermittlung aber stets Entgeltlichkeit bedingt.

Mitteilungen aus der Praxis.

Pfändung des Anspruchs auf Herausgabe eines dem Gericht übergebenen Urteils. B. beantragte, den Anspruch des M. J. gegen das Amtsgericht X. auf Rückgabe des in Sachen M. J. gegen dessen Frau M. A. erlassenen Urteils des Landgerichts X. vom 24. März 1903 zu pfänden, das M. J. in der mündlichen Verhandlung über seinen Rechtsstreit mit K. dem Amtsgericht X. übergeben hatte. Dem Antrag lag zur Begründung ein Beschluß des Amtsgerichts X. vom 27. Dezember 1904 samt Nachweis über ordnungsmäßige Zustellung an die Drittschuldnerin bei, wonach wegen einer bestimmten Geldforderung des B. gegen M. J. die diesem gegen M. A. auf Grund des Urteils des Landgerichts X. vom 24. März 1903 zustehende Forderung von 1000 Mk. gepfändet und dem B. zur Einziehung überwiesen worden war.

Dem Antrag war stattzugeben. Die Anspruchspfändung erfolgte nach § 886 ZPO., um von M. J. die Erfüllung seiner Verpflichtung, das Urteil dem B. herauszugeben, zu erzwingen, die mit Erlassung des Ueberweisungsbeschlusses von selbst ausgesprochen war (ZPO. § 836 Abs. 3), nicht etwa, um aus dem gepfändeten Anspruch eine Geldforderung zu befriedigen. Letzterenfalls wäre die Anspruchspfändung unzulässig gewesen nach § 803 Abs. 2 ZPO., da das Urteil selbst, als bloße Beweisurkunde über eine Forderung, keinen in Geld umsetzbaren Wert hat.

Den vollstreckbaren Titel für die Pfändung bildete der Ueberweisungsbeschluß (ZPO. § 794 Ziff. 3, 793, 764 Abs. 3).

Wer war als *Drittschuldner* zu bezeichnen?

Drittschuldner ist derjenige, der den Gewahrsam der Urteilsurkunde hat. Gewahrsam ist ein tatsächliches Herrschaftsverhältnis, das mit dem tatsächlichen Zustand des unmittelbaren Besitzes des BGB. zusammenfällt. Als tatsächliches Herrschaftsverhältnis kann Gewahrsam nur einem Menschen zugeschrieben werden, oder wenigstens nur einer Person, falls man nach der Verkehrsauffassung juristischen Personen unmittelbaren Besitz, nicht bloß mittelbaren, durch die gesetzlichen Vertreter vermittelten Besitz, zugestanden finden will. Eine Behörde als solche kann darum überhaupt nicht Gewahrsam haben. Jedenfalls konnte deshalb nicht das Amtsgericht X. als Drittschuldner bezeichnet werden.

Welche Person bei einer Behörde den Gewahrsam hat, hängt von der Organisation der Behörde ab. Bei einer nicht-richterlichen (bureaukratisch organisierten) Behörde wird regelmäßig der Amtsvorstand den Gewahrsam haben, und der einzelne Beamte nur Besitzdiener sein. Die Uebertragung dieses zu-

nächst für das bürgerliche Recht aufgestellten Begriffs des § 855 BGB. auf das öffentliche Recht ist, wie z. B. auch beim Begriff des mittelbaren und unmittelbaren Besitzes und in anderen zahlreichen Fällen, durch die allgemeine Natur dieser Begriffe einerseits und den unvollständigen Ausbau unseres öffentlichen Rechts anderseits geboten.

Bei einer richterlichen Behörde ist der Gerichtsvorstand als solcher weder Besitzherr gegenüber dem Richter als seinem Besitzdiener, noch mittelbarer Besitzer gegenüber dem Richter als seinem Besitzmittler. Beidem steht die gesetzliche Verfassung der Gerichte entgegen (GVG. §§ 1, 22 Abs. 1, 2 S. 2; dem Inhalt nach auch auf das Gebiet der nicht streitigen Gerichtsbarkeit übertragen durch AG. z. GVG. Art. 8 [„nach Maßgabe des GVG."] mit GVG. § 1 Art. 18). Vielmehr hat den Gewahrsam beim Amtsgericht der Amtsrichter, welcher mit der Bearbeitung der Sache, zu deren Akten die Urkunde übergeben ist, nach der während eines Geschäftsjahres nur in den gesetzlich genau umschriebenen Ausnahmefällen durch die Dienstaufsichtsbehörde abänderlichen Geschäftsverteilung betraut ist (AG. z. GVG. Art. 17, Art. 19 a. E., 20 Abs. 2, 21 Abs. 2; GVG. §§ 62 Abs. 2, 64, 66; 121; 133; AG. z. GVG. Art. 30, 33, 38, 45 Abs. 1).

Bei einem Kollegialgericht fragt es sich weiter, ob Drittschuldner das einzelne Kammer- oder Senatsmitglied ist, in dessen Händen zum Zweck der Berichterstattung über den Fall oder der Ausarbeitung der Entscheidung sich die Akten mit der Urkunde gerade befinden, oder der Vorsitzende, oder etwa die Gesamtheit der Kammer- oder Senatsmitglieder.

Das einzelne Mitglied ist nicht Drittschuldner. Es hat an den Akten überhaupt keinen Gewahrsam, weder als alleiniger Besitzer noch als Besitzmittler. Es ist vielmehr Besitzdiener, und zwar gegenüber dem Vorsitzenden. Nicht gegenüber dem Gerichtspräsidenten, denn der Gerichtsvorstand als solcher kann nach dem oben Ausgeführten nie Besitzherr gegenüber dem Richter als solchem, als dem zur Rechtsanwendung berufenen Beamten sein. Gegenüber dem Vorsitzenden ist das einzelne Mitglied Besitzdiener, nicht etwa Besitzmittler. Denn der Vorsitzende ist das gesetzliche Organ für die innere und äußere Geschäftsleitung der Kammer oder des Senats, wie sich als Grundsatz aus der großen Menge der hierauf bezüglichen Bestimmungen des GVG. und der Prozeßordnungen herausstellt, von welchen hier insbesondere §§ 68, 121, 133 des GVG. und §§ 349 S. 1 u. a. E., 361, 216 Abs. 2, 136, bes. Abs. 3, 523, 526 Abs. 2, 557 der ZPO. in Betracht kommen. Vermöge seiner Befugnis zur Geschäftsleitung kann sich der Vorsitzende jederzeit in den laufenden Prozeßsachen die Akten vorlegen lassen, gleichviel in wessen Händen sie sich befinden, ob in den Händen eines Gerichtsschreiberei- oder Kanzleibediensteten oder eines Kammer-(Senats-)mitgliedes. Dem Vorsitzenden gegenüber ist das einzelne Mitglied zum Besitz der Akten weder berechtigt noch selbständig verpflichtet, denn der Besitz der Akten ist Sache der äußeren Geschäftsleitung. Das einzelne Mitglied ist zum Besitz auch nicht etwa mit Rücksicht auf die ihm übertragene Berichterstattung oder Ausarbeitung der Entscheidung berechtigt. Denn er hat auch auf diese kein Recht gegenüber dem Vorsitzenden: der Vorsitzende kann sie jederzeit kraft der Geschäftsleitung einem anderen Mitglied übertragen (GVG. § 68). Selbst wenn der Vorsitzende nach seiner eigenen Angabe die Akten zu anderen Zwecken als zu Zwecken der die Weiterführung des Prozeßgangs beabsichtigenden Geschäftsleitung dem Kammermitglied abverlangen sollte, etwa für die zur Unterweisung der Rechtspraktikanten amtlich eingeführten Uebungskurse, kann sie ihm der einzelne Richter nicht vorenthalten. Denn in der Aufforderung, die Akten ihm zu diesem Zweck auszuhändigen, liegt notwendig die auf die Geschäftsleitung nach innen bezügliche Anordnung des Vorsitzenden, Berichterstattung oder Ausarbeitung der Entscheidung, insolange als er die Akten benütze, aufzuschieben. Auch daß das Mitglied der Kammer oder des Senats zum beauftragten Richter bestimmt ist, ändert an dieser Sachlage nichts. Denn auch ihm gegenüber greift die Befugnis zur Geschäftsleitung des Vorsitzenden durch (vgl. ZPO. § 361 Abs. 1 a. E.). Aus der Vorschrift in § 361 Abs. 2 ZPO., daß der Vorsitzende im Verhinderungsfall des bei Verkündung des Beweisbeschlusses ernannten beauftragten Richters ein anderes Mitglied zum beauftragten Richter zu bestimmen habe, ist nicht ein Recht des beauftragten Richters zu folgern, selbst den Auftrag zu vollziehen, solange nicht Hinderungsursachen in seiner Person entstehen, und daraus weiter ein Recht auf den dazu nötigen Besitz der Akten, also ein ausschließlicher oder wenigstens Besitzmittler-Besitz des beauftragten Richters. Selbst wenn jenes Recht auf Vollziehung des Auftrags bestände, wäre daraus noch nicht auf ein Recht auf den Besitz der Akten zu schließen. Denn jenes Recht und das Recht des Vorsitzenden, sich kraft seiner Befugnis zur Geschäftsleitung die Akten jederzeit vorlegen zu lassen, können unverkürzt nebeneinander bestehen, da der beauftragte Richter den Auftrag nach der Wiederaushändigung der Akten immer noch vollziehen kann. Was vom beauftragten Richter gilt, gilt ebenso von dem ihm in der ZPO. durchweg gleich behandelten ersuchten Richter. Auch von ihm kann der Vorsitzende sich jederzeit kraft seiner Befugnis zur Geschäftsleitung die Akten überschicken lassen.

In der Begründung der Drittschuldnereigenschaft des Vorsitzenden liegt bereits die Verneinung der dritten Möglichkeit, die Gesamtheit der Kammer-(Senats-) Mitglieder als Drittschuldner anzusehen. Für Akten über erledigte Sachen ist Besitzer und Drittschuldner der Gerichtsvorstand. Jede andere Person, in deren Händen die Akten sich gerade befinden, insbesondere der Registraturbeamte, ist Besitzdiener, denn da die Tätigkeit der Rechtsanwendung in diesen Akten bereits ihren Abschluß gefunden hat, hat der Richter als solcher, der lediglich in dieser Eigenschaft unabhängig ist, mit ihnen nichts mehr zu tun. Sie unterliegen deshalb, wie die Akten einer anderen Behörde, nur mehr den Dispositionen des die Dienstaufsicht führenden Beamten (vgl. JM. Bek. vom 1. November 1862 über die Amtsübergabe an Gerichtsvorstände § 2, b, §§ 9, 17, 18, 22 im RegBl. 1862 S. 2384).

Befinden sich Akten, gleichviel ob erledigte oder unerledigte, zu dienstaufsichtlichen Zwecken beim Gerichtsvorstand oder sonst zu Zwecken, die außerhalb der Weiterführung des in ihnen behandelten Verfahrens liegen, bei einer anderen Behörde als derjenigen, bei der sie geführt werden, so ist der Gerichtsvorstand oder der Vorstand dieser anderen Behörde, oder, wenn diese ein Gericht ist, nach dem

oben dargelegten der Amtsrichter oder der Vorsitzende oder auch, wenn die Akten einer Dienstaufsichtssache wegen beigeschafft wurden, der Vorstand dieses anderen Gerichts Besitzer und Drittschuldner.

Wie nun, wenn der Richter oder der Vorsitzende, dem der Schuldner eine Urkunde zu den Akten übergeben hat, die Herausgabe verweigern sollte? Privatrechtlich ist der Ueberweisungsgläubiger berechtigt, die Herausgabe zu verlangen, denn er übt kraft der Ueberweisung das Recht desjenigen aus, der die Urkunde übergeben hat, also einen Anspruch aus einem Leihvertrag oder gegebenenfalls aus dem Eigentum des Uebergebers. Gegenüber diesem privatrechtlichen Anspruch beruft sich der Richter auf das ihm durch die ZPO. (§§ 142 Abs. 1, 143, 420, 421, 425, 435) zustehende Recht auf Benützung der Urkunde, also auf ein dem öffentlichen Recht entnommenes Einrederecht. Läßt man mit den Entscheidungen des Gerichtshofs für Zuständigkeitsstreite schlechthin die Natur des behaupteten Anspruchs des Klägers entscheiden, ohne Rücksicht darauf, was davon der Beklagte bestreitet oder zugibt (vgl. z. B. Reg.Bl. 1872 S. 1973 ff., GVBl. 1874 Anh. S. 7 f., 1878 Anh. S. 5 f., 1881 Anh. S. 6 f., 1902 Anh. S. 12), so steht für die Verfolgung des Herausgabeanspruchs der Klageweg vor den ordentlichen Gerichten offen.

Amtsrichter Wilhelm Mayer in München.

Die Schreibarbeit der Richterbeamten. In der Beilage zur Allgemeinen Zeitung wurden jüngst Briefe eines bayerischen Richters veröffentlicht, in welchen manche von den bayerischen Richterbeamten längst gefühlte berufliche Mißstände besprochen wurden. In einem dieser Briefe wurde besonders hervorgehoben, daß der Richter mit Schreibarbeit zu sehr belastet ist, und daß durch Erledigung der Schreibarbeit ein guter Teil der Arbeitskraft des Richters verzehrt wird. Es wurden in diesem Briefe Reformvorschläge nach dieser Richtung hin gemacht. Ich will hier nicht Stellung nehmen zu diesen Reformvorschlägen; nur den einen Satz will ich aufstellen: Der Richterberuf zwingt mehr wie jeder andere Beruf die Feder auf: der Richter muß, wenn er seinen Beruf richtig und gewissenhaft ausübt, sehr viel mit der Feder arbeiten. Völlig zutreffend sind die Ausführungen des Herausgebers dieser Zeitschrift auf S. 457 ff. des II. Bandes, in denen er sich insbesondere gegen das Diktieren und das stenographische Entwerfen von Endurteilen in Zivilsachen wendet. Man mag das Wort noch so trefflich beherrschen, es bedeutet ein Wagnis, die Gedanken, die in einem solchen Urteile niederzulegen sind, aus dem Stegreif in die Feder zu diktieren; es bedeutet aber auch keine Erleichterung, das Urteil im Stenogramm zu entwerfen und abschreiben zu lassen; denn Klarheit und Knappheit der Form stellt sich in der Tat erst ein, wenn das Gedankenbild in der gewohnten Schrift vor dem Auge des Verfassers allmählich und deutlich sich gestaltet. Sehr richtig sind auch die Ausführungen des Herausgebers, wenn er behauptet, daß die Richter schon innerhalb des Rahmens der bestehenden Vorschriften sich die Schreibarbeit wesentlich erleichtern und vereinfachen können, und daß insbesondere zähes Festhalten an überkommenen, nicht mehr zeitgemäßen Formen zur Ueberlastung mit Schreibarbeit beiträgt. Meine Aufgabe soll es hier nun sein, diesen allgemein aufgestellten Satz durch Beispiele aus der Praxis zu erläutern, und zwar durch Beispiele aus dem streitigen Zivilrechte und dem Strafrechte, deren Pflege wohl die meiste Schreibarbeit mit sich bringt.

A. Strafrechtspflege.

Der Strafrichter hat vornehmlich die Beschlüsse über Eröffnung des Hauptverfahrens, die im Laufe des anhängigen Verfahrens erforderlichen Beschlüsse und die Urteile schriftlich zu entwerfen.

Gemäß §§ 201, 205 StPO. ist in dem Beschluß, durch welchen das Hauptverfahren eröffnet wird, die dem Angeklagten zur Last gelegte Tat unter Hervorhebung ihrer gesetzlichen Merkmale und des anzuwendenden Strafgesetzes, sowie das Gericht zu bezeichnen, vor welchem die Hauptverhandlung stattfinden soll. Aber auch die Anklageschrift, auf Grund deren der Richter an der Hand der Akten sich über die Eröffnung des Hauptverfahrens schlüssig zu machen hat, hat nach § 198 StPO. die dem Angeklagten zur Last gelegte Tat unter Hervorhebung ihrer gesetzlichen Merkmale und des anzuwendenden Strafgesetzes zu enthalten. Die amtsanwaltlichen und die staatsanwaltlichen Anklageschriften, in denen Ueberweisung an das Schöffengericht beantragt ist, sind in der Regel so abgefaßt, daß der Richter den Wortlaut bezüglich der Tat und der gesetzlichen Merkmale sich ohne Abänderung aneignen kann und darf. Nun gibt es noch ängstliche Richter, die im Eröffnungsbeschluß die Anklageschrift in dieser Beziehung wortgetreu abschreiben. Wozu diese überflüssige Schreibarbeit? Die Bestimmung des § 205 StPO. ist gewahrt, wenn in dem Entwurf des Eröffnungsbeschlusses bezüglich der Tat und ihrer gesetzlichen Merkmale auf die Anklageschrift in der Weise Bezug genommen wird, daß der Wortlaut der Anklageschrift, soweit er in den Eröffnungsbeschluß herübergenommen werden soll, in der Anklageschrift in Klammern gesetzt und im Eröffnungsbeschluß durch die Worte „wie in den Klammern der Anklage" angedeutet wird. Gegen eine derartige Fassung läßt sich vom Standpunkte des Gesetzes aus nichts einwenden; die Fassung bedeutet eine erhebliche Erleichterung der Schreibarbeit und wird auch bereits an größeren Gerichten vielfach angewendet.

Bei der Abfassung von Beschlüssen im Laufe des anhängigen Verfahrens wird immer noch an dem schwülstigen Erwägungsstil festgehalten,[1]) der umständliche Begründungen mit sich bringt.

In den Akten eines größeren Gerichtes, in welchem ich als ersuchter Richter tätig werden mußte, wurde ein Antrag des Angeklagten auf Ladung von 11 Entlastungszeugen folgendermaßen verbeschieden:

Beschluß:

In der Anklagesache gegen X. wegen Diebstahls wird der Antrag des Angeklagten auf Ladung der Zeugen — es folgte nun in der Formel die Aufführung der 11 Zeugen nach Name, Stand und Wohnort — als unzulässig abgewiesen,

in der Erwägung, daß der Angeklagte mit Schreiben vom . . . . die Ladung der vorbenannten Zeugen zum Hauptverhandlungstermin beantragt, daß er es aber unterlassen hat, die

[1]) Vgl. über den Erwägungsstil von der Pfordten, Der Staatskonkurs (München 1906, J. Schweitzer Verlag, 2. Auflage) S. 25.

Tatsachen anzugeben, über welche die Zeugen vernommen werden sollen, daß diese Angabe nach § 218 StPO. erforderlich ist, daß demzufolge der Antrag als unzulässig abzuweisen war.

Arbeitet man natürlich mit solch schwülstiger und überflüssiger Weitschweifigkeit, so muß man über Schreibarbeit klagen; diese ist aber in solchen Fällen selbst verschuldet; es genügt, wenn der Beschluß die Entscheidung des Gerichtes in kurzer, präziser Formel und die Begründung in knapper Form enthält; es wird sich hierbei meistens empfehlen, die Begründung in Hauptsätzen der Formel anzureihen, z. B.:

Beschluß:

Der Antrag des Angeklagten auf Ladung von Entlastungszeugen vom 6. November 1906 wird zurückgewiesen: Es sind die Tatsachen, über welche die Zeugen zu vernehmen sind, im Antrage nicht enthalten (§ 218 StPO.).

Am meisten gesündigt wird wohl noch bei der Fassung der Urteile; das Urteil hat die Urteilsformel und die Gründe zu enthalten; die Formel kann nur auf Freisprechung, Verurteilung oder Einstellung des Verfahrens lauten und hat, abgesehen von Aussprüchen über Einziehungen usw. die Entscheidung im Kostenpunkte zu enthalten. Die Urteilsgründe müssen die für erwiesen erachteten Tatsachen angeben, in welchen die gesetzlichen Merkmale der strafbaren Handlung gefunden werden; sie müssen das zur Anwendung gebrachte Strafgesetz bezeichnen und sollen die Strafzumessungsgründe wiedergeben (§§ 259, 267, 275, 266, 496 StPO.).

Die Formel wird vielfach zu umständlich abgefaßt; es ist meistens zu lesen:

„X. X. ist schuldig eines Vergehens des Diebstahls und wird deswegen zu einer Gefängnisstrafe von vierzehn Tagen uno zur Tragung der Kosten des Strafverfahrens und des Strafvollzuges verurteilt.“

Selbstverständlich ist X. X. des Vergehens des Diebstahls schuldig; sonst könnte er ja nicht verurteilt werden; in der Formel ist aber nur nach § 259 StPO. die Verurteilung zum Ausdruck zu bringen; es genügt auch völlig, in der Formel zu sagen, daß der Angeklagte die Kosten des Verfahrens zu tragen hat; daß zu diesen Kosten die Kosten des Prozeßverfahrens und des Strafvollzugs gehören, ist klar.

Es dürfte deshalb folgende Fassung der Formel zu empfehlen sein:

„X. X. wird wegen eines Vergehens des Diebstahls zur Gefängnisstrafe von vierzehn Tagen und in die Kosten des Verfahrens verurteilt.“

Ein Richter, der nach einer Schöffengerichtssitzung 18 bis 20 Urteile zu entwerfen hat, wird schon durch die zulässig kürzeste Fassung der Formel Zeit und Schreiberei ersparen.

Die freisprechenden Urteile haben häufig folgende Formel:

„X. X. wird von der gegen ihn erhobenen Anklage eines Vergehens des Diebstahls unter Ueberbürdung der Kosten auf die Staatskasse freigesprochen.“

Kürzer dürfte folgende Formel sein:

„X. X. wird von der Anklage eines Vergehens des Diebstahls freigesprochen; die Staatskasse ist kostenpflichtig.“

Und nun komme ich zu den Urteilsgründen: Häufig liest man zu Eingang der Urteilsbegründung:

„Dem Angeklagten ist nach dem Eröffnungsbeschluß zur Last gelegt, daß er rc. rc.“

Es wird hierbei die dem Angeklagten zur Last gelegte Tat in tatsächlicher und rechtlicher Beziehung aus dem Eröffnungsbeschlusse wörtlich abgeschrieben, und erst dann zur Würdigung des Ergebnisses der Beweisaufnahme geschritten. Eine derartige Einleitung ist selbstverständlich überflüssig und bedeutet nur unangebrachte Schreiberei; die dem Angeklagten zur Last gelegten strafbaren Handlungen gehen aus dem Eröffnungsbeschlusse hervor; das Urteil darf und soll sofort mit dem Ergebnisse der Beweisaufnahme in der Hauptverhandlung beginnen. Hierbei ist es völlig genügend, wenn die erwiesenen Tatsachen in zusammenhängender erzählender Fassung angegeben werden; es führt zu Umständlichkeiten und Stilstörungen, wenn, wie so häufig, in der Urteilsbegründung auf die Beweismittel zurückgegangen wird, durch welche die Tatsachen erwiesen wurden.

Urteilsgründe, welche Redewendungen enthalten, wie: Der Zeuge X. X. hat bestätigt, daß ..., durch den Zeugen Y. ist bewiesen, daß ..., durch die eidliche Aussage des Zeugen Z. ist festgestellt, daß ..., ziehen den Sachverhalt auseinander: die Form derartiger Urteilsgründe wird schwülstig und unklar, insbesondere, wenn die Aussagen vieler Zeugen auf diese Weise gewürdigt werden.[1])

Folgendes Urteil dürfte den sämtlichen gesetzlichen Erfordernissen entsprechen:

Huber Franz, geb. 25. Oktober 1880 zu Altdorf, prot., led. Steinhauer in Wendelstein, Reservist, schon bestraft, wird wegen eines Vergehens der gefährlichen Körperverletzung zur Gefängnisstrafe von drei Tagen und in die Kosten des Verfahrens verurteilt.

Gründe:

Nach dem Ergebnisse der Beweisaufnahme in der Hauptverhandlung ist folgendes festgestellt: Am 20. November 1906 befanden sich der Angeklagte und der Steinhauer Max Müller in der Hofmannschen Gastwirtschaft zu Sorg; sie gerieten dort in einen Wortwechsel, der gegen 10 Uhr abends auf dem Heimwege fortgesetzt wurde; auf der Ortsstraße führte der Angeklagte ohne jeden Anlaß im Verlaufe des Wortgefechtes mit dem unteren Teile seines fingerdicken Spazierstockes aus Weichselholz einen wuchtigen Schlag gegen die linke Kopfseite des Müller; dieser trug eine blutende Hautverletzung davon; er war in der Arbeit nicht behindert.

Hiernach ist der Angeklagte überführt, einen andern vorsätzlich, rechtswidrig und mit einem gefährlichen Werkzeug — ein solches ist hier der Stock nach seiner Beschaffenheit und der Art des Gebrauches — körperlich mißhandelt zu haben; er hat sich eines Vergehens der gefährlichen Körperverletzung nach §§ 223, 223a StGB. schuldig gemacht und war hierwegen zu verurteilen.

Mildernde Umstände wurden ihm zugebilligt, weil er die Tat in der Erregung begangen hat (§ 228 StGB.); als strafmildernd wurde weiter berücksich-

[1]) Eine Ausnahme von diesen Sätzen ist selbstverständlich dann zu machen, wenn aus sachlichen Gründen, z. B. wegen des Vorliegens von Widersprüchen oder wegen eines Zweifels an der Glaubwürdigkeit eines Zeugen, eine genauere Würdigung der Aussagen unentbehrlich ist.



tigt, daß die Mißhandlung keine schlimmen Folgen für die Gesundheit des Verletzten hatte; strafe erschwerend fiel ins Gewicht, daß der Angeklagte schon wegen mehrerer Roheitsdelikte bestraft ist; es erschien die ausgesprochene Gefängnisstrafe angemessen.

Kostenpunkt: §§ 496, 497 StPO.

B. Zivilrechtspflege.

Dem Zivilstreitrichter wird Schreibarbeit verursacht durch das Entwerfen der Urteile und Beschlüsse. Bei Abfassung der Formeln der Urteile und Beschlüsse ist es empfehlenswert, sich möglichst an den Wortlaut des Gesetzes zu halten; es ist völlig genügend, bei der Verbescheidung eines Gesuches um Bewilligung des Armenrechtes z. B. die Formel folgendermaßen zu fassen: „Der Klagspartei wird das Armenrecht bewilligt oder verweigert." (§§ 114, 127 ZPO.). Es ist höchst überflüssig, den Antrag der Klagspartei auf Zulassung zum Armenrechte als „unbegründet" zurückzuweisen u. dgl.

Die Urteilsformel:

„Die Klage wird abgewiesen; Kläger hat die Kosten des Rechtsstreites zu tragen", schließt sich an den Wortlaut des Gesetzes in § 331, 91 ZPO. an; es ist entbehrlich, die Klage als „unbegründet", oder „unzulässig" abzuweisen;[1]) auch ist es überflüssig, bei der Kostenentscheidung in der Formel zum Ausdruck zu bringen, daß der Kläger in diesem Falle auch die dem Beklagten erwachsenen Auslagen zu erstatten hat; hiervon kann in den Gründen gesprochen werden.

Bei Verurteilungen ist es empfehlenswert, ohne einleitende Worte den Urteilsspruch in direkter Rede zum Ausdruck zu bringen; z. B.:

Der Beklagte hat an Kläger tausend Mark nebst vier vom Hundert Zinsen seit 1. April 1906 zu zahlen.

Einleitende Worte wie:

„Der Beklagte wird verurteilt zu zahlen, oder der Beklagte ist schuldig zu zahlen", sind als überflüssig zu vermeiden; auch die Unterscheidung zwischen Hauptsache und Nebenansprüchen ist in der Urteilsformel entbehrlich; trotzdem liest man häufig:

„Der Beklagte wird verurteilt, an den Kläger hundert Mark Hauptsache nebst 4 % Zinsen seit 1. April 1906 zu bezahlen."

Bei der Abfassung der Gründe von Beschlüssen ist insbesondere auch hier der Erwägungsstil zu vermeiden; auch ist es höchst überflüssig, bei der Begründung den Antrag als solchen mit den tatsächlichen Unterlagen wörtlich zu erwähnen; es genügt ohne Fertigung eines Tatbestandes, die Gründe kurz und knapp, ohne der Genauigkeit zu schaden, am besten in Hauptsätzen, zu Papier zu bringen. Wird z. B. ein Gesuch um Bewilligung des Armenrechtes abgewiesen, weil die Klage aussichtslos ist, so dürfte folgende Fassung entsprechen:

„Der Klagspartei wird das Armenrecht verweigert.

Die in der Klage vorgebrachten Tatsachen sind nicht geeignet, den Klagsanspruch zu rechtfertigen; die beabsichtigte Rechtsverfolgung ist demnach aussichtslos. — § 114 ZPO."

Am zähesten hängt der Richter an der überkommenen Gestaltung des Tatbestandes und der Entscheidungsgründe in Zivilurteilen, einer Gestaltung, die eine Unmenge unnötiger Schreibereien mit sich bringt.[1])

Nach § 313 ZPO. hat das Urteil u. a. eine gedrängte Darstellung des Sach- und Streitstandes auf Grund der mündlichen Vorträge der Parteien unter Hervorhebung der gestellten Anträge, d. i. den Tatbestand und die Entscheidungsgründe, zu enthalten.

Der Tatbestand hat sich demnach nur auf einen gedrängten Bericht über das tatsächliche Vorbringen einschließlich des objektiven Ergebnisses der Beweisverhandlungen, zu beschränken. Es kann nicht verkannt werden, daß in vielen Fällen die richtige Fassung des Tatbestandes größere Schwierigkeiten bereitet, als die Ausarbeitung der Gründe; allein vielfach wird auch auf die Fassung des Tatbestandes nicht dieselbe Sorgfalt verwendet, wie auf die Fertigung der Gründe.

Viele Richter begnügen sich bei Fertigung des Tatbestandes an der Hand der Akten die Klage, die Schriftsätze mit Anträgen, die Sitzungsprotokolle, die ergangenen Prozeßentscheidungen aneinanderzureihen und auf diese Weise eine allerdings ausführliche, aber höchst überflüssige Prozeßgeschichte zu Papier zu geben, sie sind hierbei genötigt, auf diese Weise Seiten zu schreiben, die erspart sind, wenn lediglich eine prozeßordnungsgemäße Darstellung des Streit- und Sachverhältnisses gefertigt würde. Zudem ist das Bild des Prozesses bei dem prozeßgeschichtlichen Tatbestand immer unklar und verschwommen. Wird dagegen in den Tatbestand lediglich das mündliche Vorbringen der Parteien mit deren Anträgen, das Beweisanerbieten und das Ergebnis der Beweisverhandlungen, unter Weglassung aller prozeßgeschichtlichen Daten, in zusammenhängender Form aufgenommen, so wird ein klares, zusammenhängendes, durch nichts entstelltes Bild des Streites geschaffen.

Ich will es versuchen, auf Grund der nachstehenden Angaben über den Verlauf eines Rechtsstreites[2]) einen Tatbestand zu bilden: A. verklagte B. beim Amtsgerichte X. auf Zahlung von 108 Mk. Kaufpreis für 4 cbm käuflich gelieferte Holzstämme, mit dem Antrage, den B. kostenfällig und vorläufig vollstreckbar zur Zahlung des bezeichneten Betrages zu verurteilen; in der mündlichen Verhandlung vom 2. Juni 1906 wiederholte A. Antrag mit Begründung aus der Klage; er führte hierzu aus, daß der Kaufvertrag am 25. März 1906 in seiner Behausung abgeschlossen worden sei. B. beantragte die kostenfällige Klagsabweisung; er behauptete hierzu, daß er das gelieferte Holz nicht bestellt und sofort nach Empfang zur Verfügung gestellt habe; er gab zu, daß er am 25. März 1906 mit dem Kläger einen Holzkaufvertrag abgeschlossen habe, daß er 4 cbm Stämme nach Besichtigung um den vereinbarten Einheitspreis von 27 Mk. für den cbm gekauft habe, daß die gekauften Stämme mit den gelieferten Stämmen jedoch nicht identisch seien. A. trat Beweis dafür an, daß er dem B. die gekauften Stämme geliefert habe, durch Benennung des C. D. und E. als Zeugen; diese Zeugen konnten bei ihrer eidlichen Vernehmung lediglich be-

[1]) Es ist das sogar falsch, weil damit ein Teil der Begründung vorweggenommen wird.

[1]) Wir werden in einer der nächsten Nummern eine größere Abhandlung eines höheren Justizbeamten über die Fassung des Tatbestandes und der Entscheidungsgründe veröffentlichen.

[2]) Die Form dieser Angaben wird dann zugleich als Beispiel dafür dienen können, wie der Tatbestand gewöhnlich dargestellt wird.

stätigen, daß zwischen A. und B. am 25. März 1906 auf dem Holzplatze des A. Kaufsunterhandlungen gepflogen wurden: etwas weiteres konnten sie zur Sache nicht angeben.

In der weiteren mündlichen Verhandlung vom 2. Juli 1906 verhandelten die Parteien unter Wiederholung der früher gestellten Anträge abermals zur Sache. B. machte nun geltend, daß er von A. nach Besichtigung auf dessen Holzlagerplatze folgende mit Nummern versehene Eichenstämme gekauft habe, die Nummern: 2, 4, 6, 8, 9, 10, 15, 18, 20 und 21, daß A. jedoch die Stämme Nr. 5, 7, 11, 12, 13, 14, 16 und 17, sowie zwei Stämme mit den Nummern 2 und 4 geliefert habe, daß aber die gelieferten Stämme Nr. 2 und 4 gerade Stämme seien, und mit den bestellten Stämmen Nr. 2 und 4, die gekrümmt waren, nicht identisch seien.

A. bestritt dieses Vorbringen und behauptete nun, daß B. lediglich die Stämme Nr. 2 und 4 der Nummer nach gekauft, im übrigen aber weitere Eichenstämme bis zur Quantität von 4 cbm bestellt und die Auswahl dieser weiteren Stämme ihm überlassen habe. Die gelieferten Stämme Nr. 2 und 4 seien mit den gekauften Stämmen Nr. 2 und 4 identisch; er schob dem B. den Eid zu über die Tatsachen, daß B. nur die Stämme 2, 4, 6, 8, 9, 10, 15, 18, 20 und 21 bestellt habe, und daß die gelieferten Stämme Nr. 2 und 4 mit den bestellten Stämmen Nr. 2 und 4 nicht identisch seien.

B. nahm die Eide an; über Norm und Erheblichkeit waren sich die Parteien einig; im weiteren Verhandlungstermine vom 15. Juli 1906 leistete B. die ihm mit Beweisbeschluß auferlegten Eide; hierauf verhandelten die Parteien unter Wiederholung der früheren Anträge zum Schlusse.

Tatbestand:

„Zwischen A. und B. kam am 25. März 1906 ein Kaufvertrag zustande. A. behauptet, B. habe nach Besichtigung verschiedener Holzstämme auf dem Holzlagerplatze die Stämme Nr. 2 und 4 und weitere Stämme nach seiner — des A. — Auswahl, bis zur Quantität von 4 cbm um den Einheitspreis von 27 Mk. für den cbm gekauft; er habe die bestellten Stämme dem B. geliefert; B. verweigere die Zahlung des Kaufpreises von 108 Mk.; in Uebereinstimmung mit dem Antrage in der Klageschrift beantragt A. in der mündlichen Verhandlung den B. zur Zahlung von 108 Mk. vorläufig vollstreckbar zu verurteilen.

B. beantragte in der mündlichen Verhandlung die Abweisung der Klage; er behauptete, daß er auf dem Holzlagerplatze des A. nach Besichtigung die dort lagernden Stämme Nr. 2, 4, 6, 8, 9, 10, 15, 18, 20, 21, zusammen etwa 4 cbm, um den Einheitspreis von 27 Mk. gekauft habe, daß Kläger ihm andere Stämme geschickt habe, nämlich die Stämme Nr. 5, 7, 11, 12, 13, 14, 16, 17; zwei Stämme mit den Nummern 2 und 4 seien allerdings auch unter den gelieferten Stämmen; diese Stämme seien aber mit den gekauften Stämmen Nr. 2 und 4 nicht identisch; die gekauften Stämme seien gekrümmt gewesen, während die gelieferten Stämme gerade seien.

A. trat zunächst für die Behauptung der vertragsmäßigen Lieferung Zeugenbeweis an durch Benennung des C., D. und E. als Zeugen; diese konnten bei ihrer eidlichen Vernehmung jedoch nicht mehr angeben, als daß sie gehört haben, daß die Streitteile wegen eines Holzkaufes verhandelten; A. schob hierauf dem B. den Eid darüber zu, daß er nur die Stämme Nr. 2, 4, 6, 8, 9, 10, 15, 18, 20, 21 gekauft hat, und daß die gelieferten Stämme Nr. 2 und 4 mit den gekauften Stämmen Nr. 2 und 4 nicht identisch sind; B. nahm die Eide an; über Norm und Erheblichkeit waren die Parteien einig; er leistete die ihm mit Beweisbeschluß auferlegten Eide; bezüglich des Wortlautes der Eidessätze wird auf das Sitzungsprotokoll vom 12. Juli 1906 verwiesen."

Wie der Tatbestand, so müssen auch die Entscheidungsgründe, wenigstens bei den Urteilen der Instanzgerichte, kurz und knapp sein; die Entscheidungsgründe sollen vor allen Dingen nicht eine wissenschaftliche Abhandlung sein.

Schon in der MinistEntschl. vom 19. Januar 1896 wurde dies den Richtern ans Herz gelegt und ihnen empfohlen, bei Fassung der Entscheidungsgründe sich bewußt zu bleiben, daß die Urteile doch in erster Linie für die streitenden Parteien bestimmt sind.

Diese Beispiele aus der Praxis, welche selbstverständlich noch nach vielen Seiten hin ergänzt werden könnten, zeigen hoffentlich zur Genüge, daß der Richter sich manche Schreibarbeit ersparen kann. Vielschreiber wird es geben, so lange es Richterbeamte gibt; allein diese sollen über Ueberlastung mit Schreibarbeit nicht klagen: sie verschulden selbst diese Ueberlastung.

Amtsrichter Schwab in Schwabach.

Aus der Praxis der Gerichte.

Reichsgericht.

Zivilsachen.

I.

Zu §§ 1, 3 des Haftpflichtgesetzes und § 844 BGB. Sind bei der Bestimmung des Umfanges der wegen Tötung einer Person zu leistenden Entschädigung Witwen- und Waisenpensionen abzurechnen? Welchen Einfluß hat auf die Ansprüche der Hinterbliebenen der getöteten Person der Umstand, daß infolge des Todes fortgesetzte Gütergemeinschaft zwischen Witwe und Kindern eingetreten ist? Zu diesen Fragen äußert sich ein Urteil des Reichsgerichts (VI. ZS.) in folgender Weise:

1. Das Berufungsgericht führt aus: daß die der Witwe zugefallenen Pensionen bei der Bestimmung des Umfanges des Schadens nicht zu berücksichtigen seien, „stehe in Rechtsprechung und Rechtslehre fest", da dieser Erwerb seinen Grund nicht in der Tötung, sondern im Dienstverhältnisse und in dem Versicherungsvertrage habe. Das ist in dieser Allgemeinheit unrichtig: die Rechtsprechung macht eine bestimmte Unterscheidung und in der Theorie ist die Frage der Anrechnung der Pensionen sehr bestritten. Das Reichshaftpflichtgesetz hat in § 4 eine besondere Bestimmung über Anrechnung gewisser Versicherungsleistungen auf die Entschädigung getroffen, die aber eine analoge Anwendung über die dort geregelten Fälle hinaus nicht zuläßt. Das BGB. hat von einer Entscheidung der Frage Umgang genommen, ob und inwieweit auf die Entschädigung aus § 843 und § 844 BGB. Vermögensvorteile anzurechnen seien, welche infolge der Verletzung oder Tötung dem Verletzten zukommen, da es für untunlich erachtet wurde, die allgemeine Frage der Vorteilsausgleichung nur für diese Fälle

zu entscheiden. Daher ist die Frage aus den allgemeinen Rechtsgrundsätzen über Schadensersatz (BGB. §§ 249 ff.) und über Kausalzusammenhang zu beurteilen, soweit nicht positive Vorschriften wie § 843 Abs. 4 in Verbindung mit § 844 Abs. 2 BGB. eingreifen. Was die Pensionen betrifft, so ist in der bisherigen Rechtsprechung des Reichsgerichts unterschieden worden zwischen Bezügen, welche dem Verletzten oder den Hinterbliebenen des Getöteten auf Grund eines privaten Vertrages, Versicherungsvertrages, zukommen und gesetzlichen Pensionen. Bei den ersteren wurde die Anrechnung auf die Haftpflichtrente für unzulässig erklärt: es sei hier zwischen der Entstehung des Vorteils und dem schädigenden Ereignisse nur im natürlichen, nicht im rechtlichen Sinne ein Kausalzusammenhang vorhanden, da das Recht auf solche Pension in erster Linie durch den Abschluß des Versicherungsvertrages und durch Zahlung der Versicherungsprämie, also durch selbständige Entstehungsursachen mitbedingt gewesen sei (RG. Bd. 10 S. 50 f.). Dagegen sollen gesetzliche Pensionen der Anrechnung unterliegen, weil der Anspruch nicht auf einem Versicherungsvertrage, sondern auf Gesetz beruhe, der pensionierte Beamte nicht um seine volle Besoldung, vielmehr nur um sein Gehalt abzüglich der Pension geschädigt sei, und weil das Gesetz durch Gewährung von Pensionen an die Hinterbliebenen des Beamten für deren Unterhalt Fürsorge treffe und ihr Anspruch nicht ein neben dem Entschädigungsanspruch erworbenes selbständiges Vermögensobjekt bilde. (RG. Bd. 15 S. 114, Bd. 17 S. 45 ff.). Andere allerdings verwerfen die Unterscheidung zwischen Vermögenserwerb aus Versicherungsvertrag und gesetzlicher Pension (vgl. v. Weinrich, Die Haftpflicht wegen Körperverletzung und Tötung eines Menschen 2. Aufl. § 21 S. 69 ff.; auch Linckelmann, Die Schadensersatzpflicht aus unerlaubten Handlungen S. 65; und insbesondere Eger, Reichshaftpflichtgesetz, 6. Aufl. S. 453 f., 458 f. S. 423). Allein ihre Einwände geben keinen Anlaß, von der seitherigen Rechtsprechung abzugehen; vielmehr ist an ihr auch für das jetzt geltende Recht festzuhalten. Die Nichtanrechnung der Versicherungsgelder, der auf Grund privaten Versicherungsvertrages gezahlten Renten, rechtfertigt sich daraus, daß es hier für eine Vorteilsausgleichung an der Identität der rechtserzeugenden Tatsache fehlt, sofern das die Haftpflicht begründende Ereignis, die Verletzung, zwar die Bedingung für den Anspruch des Beschädigten auf die Versicherungsgelder auslöst, aber hierfür nicht im Rechtssinne den Entstehungsgrund bildet, und daraus, daß der Beschädigte das lucrum nicht unentgeltlich gewinnt, sondern durch Gegenleistungen (Prämien) oder Beiträge hat erkaufen müssen. Diese Gesichtspunkte treffen nicht ebenso auf die Pension zu, welche der Beamte zufolge gesetzlicher oder statutarischer Regelung vom Staat oder der Gemeinde erhält. Solche Bezüge wurzeln nicht in einem außerhalb der Amtsstellung des Geschädigten gelegenen Rechtsgrund, vielmehr gleichermaßen wie der Gehaltsanspruch unmittelbar in den gesetzlichen oder organisatorischen Anstellungsbedingungen. Die Amtspension ist nicht das Erwerbsergebnis einer Ersparungstätigkeit des Beamten, sondern nur eine Form des Dienstgehaltes, welches kraft Gesetzes oder auch Anstellungsvertrages in gemindertem Betrag dem dienstunfähig gewordenen Beamten fortgewährt wird. Und selbst in dem Falle, wenn der Beamte bestimmte Beiträge zu der Pensionskasse zu leisten hat oder ihm solche Beiträge von vornherein am Gehalte gekürzt werden, beruht der Pensionsanspruch nicht auf einem Versicherungsverhältnisse, sondern auf der entsprechenden Normierung der Amts- und Gehaltsverhältnisse. Mag man mit Laband, D. Staatsrecht des Deutschen Reiches Bd. I § 49, 4. Aufl. S. 469 ff. der Besoldung und Pension des Beamten die Bedeutung einer dem Staat auf Grund der Anstellung gesetzlich obliegenden standesgemäßen Alimentierung des Beamten beilegen oder in Gehalt und Pension die Vergütung für die von dem Beamten geleisteten Dienste erblicken, so ist doch die Pension nicht ein Aequivalent für Leistungen, die nach Art von Versicherungsprämien oder Beiträgen zu Privatpensionskassen einen selbständigen Vermögenserwerb begründen. Die Einbuße für den geschädigten gesetzlich pensionsberechtigten Beamten besteht also nicht in völliger Entziehung, sondern nur in einer Verringerung des Amtseinkommens. Und es handelt sich hierbei nicht eigentlich um eine Vorteilsausgleichung, vielmehr ist eben die Schadensfolge von vornherein um den Betrag der Pension geringer. Dieser Gesichtspunkt trifft nun zwar bei den gesetzlichen Witwen- und Waisenpensionen vielleicht nicht unmittelbar zu, ist doch aber wenigstens analog auch auf sie anwendbar. Auch die Witwen- und Waisengelder bilden einen Bestandteil der dem Beamten auf Grund des öffentlichrechtlichen Anstellungsverhältnisses für sein Amt ausgesetzten Rente, sofern der Staat oder die Gemeinde hierdurch in dem gesetzlich bestimmten Umfange auch für den Unterhalt der Hinterbliebenen des Beamten Fürsorge trifft. Soweit also den Hinterbliebenen des Beamten derartige Pensionsansprüche zustehen, ist ihnen der bisher in dem Amtseinkommen des Ernährers gewährleistete Unterhalt nicht im ganzen Umfang entzogen, sondern nur geschmälert, ihr Schaden daher entsprechend geringer. Insoweit steht einer Anrechnung der Witwen- und Waisengelder auf die Entschädigung auch die Vorschrift in § 843 Abs. 4 (§ 844 Abs. 2 BGB.) nicht im Wege, da der Unterhaltsanspruch der Angehörigen gegenüber dem Getöteten bis zum Betrage der fortdauernden Bezüge nicht beseitigt sondern gedeckt ist.

2. Anlangend die Einkünfte aus dem gütergemeinschaftlichen Vermögen, so hat das Berufungsgericht erwogen, die Beklagte könne die Witwe nicht lediglich auf diese Einkünfte verweisen, weil auch hier Vorteil und Nachteil nicht auf das schädigende Ereignis als den gemeinsamen Rechtsgrund zurückzuführen seien, vielmehr zwischen dem vorteilbringenden Ereignisse und der schädigenden Handlung nur ein äußerer Zusammenhang bestehe: die schädigende Handlung sei der Unfall in Verbindung mit dem Tode, das vorteilbringende Ereignis sei die bestandene Gütergemeinschaft in Verbindung mit dem Tode. Dieser Gesichtspunkt würde allerdings dann durchgreifen, wenn nur in Frage stände, ob eine dem Ersatzberechtigten durch den eingetretenen Todesfall zugefallene Erbschaft auf die Entschädigung anzurechnen sei, eine Frage, die in der früheren Rechtsprechung des Reichsgerichts verneinend entschieden worden ist (Eger, Eisenbahnrechtl. Entscheidungen III S. 122). Allein für den gegenwärtigen Fall genügt jene Erwägung nicht, um jede Berücksichtigung der fraglichen Einkünfte auszuschließen. Es kommt hier die Rechts- und Vermögenslage in Betracht, welche durch die zwischen den Ehegatten bestandene, nunmehr von der Witwe mit den Kindern fortgesetzte allgemeine Gütergemeinschaft geschaffen ist. Darüber ist wohl kein Streit, daß der Getötete neben seinem Amtseinkommen auch die Einkünfte des gütergemeinschaftlichen Vermögens zum Unterhalte seiner Familie mitverwendet hatte. Es entfiel von dem Gesamteinkommen, wie zu unterstellen ist, je eine gewisse Quote auf den Unterhalt auch von Frau und Kindern. Insoweit als die Mittel zum Unterhalt aus dem Kapitalvermögen der Eheleute geschöpft wurden, ist diese Quelle infolge des Todes des Ehemannes tatsächlich nicht versiegt, da der Vermögensstand im wesentlichen derselbe geblieben ist. Aber auch rechtlich liegt hier die Sache nicht so, daß gesagt werden könnte, es werde die Unterhaltspflicht und der Ersatz für das Unterhaltsrecht von dem Vermögensbesitze der

Ersatzberechtigten gar nicht berührt. Den Hinterbliebenen ist von dem Haftpflichtigen nach § 3 Abs. 2 des Haftpflichtgesetzes und § 844 BGB. insoweit Schadensersatz zu leisten, als der Getötete während der mutmaßlichen Dauer seines Lebens zur Gewährung des Unterhalts verpflichtet gewesen wäre. Gegenstand des zu leistenden Ersatzes ist nicht ein abstraktes Unterhaltsrecht, sondern der Unterhalt, welchen unter den konkreten Verhältnissen der Getötete nach Maßgabe der gesetzlichen Vorschriften aus seinen Mitteln dem Berechtigten zu leisten hatte und der dem letzteren nunmehr abgeht.

a) Der Ehefrau ist von dem Manne nach § 1360 Abs. 1 BGB. nach Maßgabe seiner Lebensstellung, seines Vermögens und seiner Erwerbsfähigkeit Unterhalt zu gewähren; diese Verpflichtung ist darnach unabhängig von der Bedürftigkeit der Frau. Aber bei allgemeiner Gütergemeinschaft umfaßt während der Dauer der Ehe der eheliche Aufwand sachlich auch den Unterhalt der Frau und dieser fällt insofern zunächst dem den beiden Eheleuten gemeinschaftlich gehörigen Gesamtgute zur Last (BGB. §§ 1458, 1389), obwohl auch bei diesem Güterstande der eheliche Aufwand von dem Ehemann zu tragen ist. Die Ehefrau hat dem Manne zur Tragung des ehelichen Aufwandes ihren Beitrag in der Form geleistet, daß ihr Vermögen Gesamtgut wurde, welches dem Manne zur freien Verfügung überlassen war. Die insofern auch aus dem eigenen Vermögen der Ehefrau entnommenen Mittel zu ihrem Unterhalt können, wenn es sich um Schadensersatz für das ihr entzogene Unterhaltsrecht handelt, nicht schlechthin als Leistungen gelten, die der Ehemann für den Unterhalt der Frau zu machen hatte und welche jetzt zu ersetzen wären. Bei Auflösung der Ehe durch den Tod des Ehemannes hat die Witwe das gesamte gemeinschaftliche Vermögen in Besitz und Nießbrauch erhalten und es stehen ihr bei der mit den Kindern fortgesetzten Gütergemeinschaft in den Erträgnissen des Gesamtvermögens auch diejenigen Mittel nach wie vor für ihren Unterhalt zu Gebot, welche zu diesem Zwecke bei Lebzeiten des Ehemannes von beiden Ehegatten zusammen aufgebracht worden sind. — Wenngleich es also für den Unterhaltsanspruch der Witwe auf die tatsächlich bestehende Bedürftigkeit an sich nicht ankommt, so wird doch bei Bemessung des Umfanges der Schädigung zu beachten sein, daß hier diejenige Quote der Einkünfte des gütergemeinschaftlichen Vermögens, welche zu Lebzeiten des Ehemannes etwa (neben dem entsprechenden Teile des Amtseinkommens) zum Unterhalte der Ehefrau mitzuverwenden war, keinenfalls im ganzen Betrag in Rechnung zu stellen wäre.

b) Bezüglich der Ansprüche der Kinder kommt vor allem in Betracht, daß ihr Unterhaltsanspruch gegenüber dem Vater von ihrer Bedürftigkeit abhängig war (BGB. § 1602 Abs. 1). Das gütergemeinschaftliche Vermögen, dessen Einkünfte bei Lebzeiten des Vaters zweifellos teilweise auch zum Unterhalte der Kinder gedient haben, ist dieser Bestimmung dadurch, daß jetzt Nießbrauch, Verwaltung und Verfügung der überlebenden Ehegattin zukommen, noch nicht entzogen. Und der Substanz nach ist dieses Vermögen zum Anteil des verstorbenen Vaters auch den Kindern angefallen (BGB. § 1483 Abs. 1 Satz 2). Allerdings hat das BGB. keine besondere Bestimmung dahin getroffen, daß bei fortgesetzter Gütergemeinschaft der überlebende Ehegatte die Kinder aus dem Gesamtgute zu unterhalten habe, und es ist daher anzunehmen, daß der Unterhalt der Abkömmlinge keine Last des Gesamtgutes bildet, daß es vielmehr in Ansehung der Unterhaltspflicht bei den Vorschriften der §§ 1601 ff. des BGB. bewenden soll. Allein immerhin besteht auch rechtlich eine Beziehung des Unterhaltsanspruches der Abkömmlinge zu dem Gesamtgute der fortgesetzten Gütergemeinschaft. Nach § 1495 Nr. 3 des BGB. kann ein anteilsberechtigter Abkömmling gegen den überlebenden Ehegatten auf Schichtung klagen, wenn der überlebende Ehegatte seine Verpflichtung, dem Abkömmling Unterhalt zu gewähren, verletzt hat und für die Zukunft eine erhebliche Gefährdung des Unterhalts zu besorgen ist. Die unterhaltsberechtigten Abkömmlinge sind also unter der angeführten Voraussetzung in die Lage gesetzt, ihren Anteil an dem Gesamtgut zum Zwecke ihres Unterhalts frei zu machen. Wirtschaftlich betrachtet ist entweder das Unterhaltsrecht der Kinder insoweit, als zu dessen Erfüllung das gütergemeinschaftliche Vermögen zu dienen hat, ihnen durch den Tod des Vaters nicht entzogen, oder es trifft insoweit die Voraussetzung des Unterhaltsbedürfnisses nicht zu, indem die Kinder aus den Einkünften ihres eigenen Vermögens unterhalten werden. Die Vorschrift in § 843 Abs. 4, wonach der Ersatzanspruch nicht dadurch ausgeschlossen wird, daß ein „anderer" dem Verletzten Unterhalt zu gewähren hat, würde seinem Wortlaute nach auf einen Fall der vorliegenden Art zutreffen, wenn man nur auf die nunmehr der Mutter obliegende Unterhaltspflicht zu sehen hätte. Allein nach Sinn und Zweck des Gesetzes (Motive II S. 782) kann jene Vorschrift nicht dazu führen, daß für den Schadensersatzanspruch der Kinder des Getöteten die zu ihrem Unterhalt nach wie vor verwendbaren Einkünfte des gütergemeinschaftlichen Vermögens ganz außer Betracht bleiben und auf diese Weise dem nur schadensersatzberechtigten Kind tatsächlich eine Bereicherung zuteil würde. Es ist hier eben sachlich nicht ein „anderer", der dem Verletzten Unterhalt zu gewähren hat. (Urt. vom 5. November 1906). —'— n.

723

II.

Voraussetzungen der Vollstreckungsgegenklage bei Schädigung durch vertragswidrigen Gebrauch eines vollstreckbaren Titels (§ 767 ZPO). Die Klägerin hatte die Bürgschaft für eine Zwangsvergleichsdividende zugunsten ihres in Konkurs geratenen, auch dem Beklagten verschuldeten Sohnes übernommen und behauptet mit der Vollstreckungsgegenklage, daß der Beklagte ihr gegenüber zur Ermöglichung des Zwangsvergleichs — weil er sonstige Sicherheiten und auch Interesse an dem Wiederaufkommen des Schuldners hatte — auf die Bürgschaft verzichtet habe. Hierüber hat das Berufungs-Gericht dem Beklagten den Wahrheitsbeweis auferlegt. Die Revision wurde verworfen.

Aus den Gründen: Die Revision sucht auszuführen, daß das Urteil auf einer Verletzung des § 767 Abs. 2 ZPO. beruhe. Der Angriff ist unbegründet. Die Klage stellt sich, materiell-rechtlich betrachtet, als die Klage auf Schadensersatz aus vorsätzlicher arglistiger Beschädigung seitens des Beklagten (§ 826 BGB.) dar, die mit der Klage aus arglistigem Vertragsbruch zusammentrifft. Da die Beschädigung darin besteht, daß der Beklagte rechts- und vertragswidrig Vollstreckungsmaßregeln gegen die Klägerin erwirkte, so muß das Ziel der Klage nach § 249 BGB. die Herstellung des vorigen Zustandes, also die Aufhebung der Zangsvollstreckung sein. Insofern es sich bei der so erhobenen Klage um die Abwehr der Zwangsvollstreckungshandlungen aus einem vorher erlassenen Urteile, hier aus einem rechtskräftig bestätigten Zwangsvergleiche handelt (§ 194 KO.), kann allerdings die Frage aufgeworfen werden, ob ihr nicht die Bestimmung des § 767 Abs. 2 ZPO. sich entgegenstellt. Diese Frage war aber zu verneinen. Auch von dem Gesichtspunkte der Vollstreckungsgegenklage nach § 767 ZPO. aus ist, wie das Berufungsgericht zutreffend ausgeführt hat, die Anwendung des § 767 Abs. 2 dann ausgeschlossen, wenn die im Wege der Gegenklage erhobene Einwendung ihrer Natur nach überhaupt nicht gegen den durch das Urteil oder den

Zwangsvergleich festgestellten Anspruch des Gegners, sondern nur gegen dessen Vollstreckung dem Gegenkläger gegenüber sich richten konnte. Für die Geltendmachung der von der Klägerin behaupteten Vereinbarung mit dem Angeklagten, wonach der letztere sich verpflichtet hatte, die Zwangsvergleichsrate gegen die Klägerin nicht einzufordern und daher gegen diese Vollstreckungshandlungen aus dem zu erwartenden Zwangsvergleiche nicht vorzunehmen, war ein Raum erst gegeben, wenn der Vereinbarung zuwider die Vollstreckung betrieben wurde; für solche Fälle ist die Vorschrift des Abs. 2 des § 767 ZPO. nicht bestimmt; es mag dies auch in der Weise ausgedrückt werden, daß der Grund der Einwendung nicht die von dem Urteil oder dem Zwangsvergleich getroffene Vereinbarung, sondern das zeitlich der Rechtskraft von diesen nachfolgende vertragswidrige und arglistige Verhalten des Beklagten ist. Jedenfalls kann eine Verletzung des § 767 Abs. 2 ZPO. durch das Berufungsgericht hiernach nicht angenommen werden. (Urt. des VI. ZS. v. 19. November 1906, VI 106/06). — — n.
713

III.

Gesellschaftsvertrag zum Zwecke des Erwerbs von Grundstücken in der Zwangsversteigerung und ihrer Verwertung. Ist ein solcher Gesellschaftsvertrag auf bestimmte oder unbestimmte Zeit geschlossen? Unter welchen Voraussetzungen kann er gekündigt werden? (§§ 723, 726 BGB.). Das Reichsgericht äußert sich zu diesen Fragen in folgender Weise: § 725 BGB. unterscheidet, ob die Gesellschaft für eine bestimmte oder für unbestimmte Zeit eingegangen ist. In letzterem Falle kann jeder Gesellschafter sie jederzeit kündigen, die Kündigung darf aber nicht zur Unzeit geschehen, widrigenfalls der ohne wichtigen Grund kündigende Gesellschafter zum Schadensersatz verpflichtet wird (§ 723 Abs. 2). Ist aber die Gesellschaft für eine bestimmte Zeit geschlossen, so ist die Kündigung vor Ablauf der Zeit nur zulässig, wenn ein wichtiger Grund hierzu vorliegt, in Ermangelung eines solchen also unzulässig und für nicht geschehen zu achten (§ 723 Abs. 1). Der Berufungsrichter nimmt an, daß der Beklagte von dem unter den Parteien entstandenen Gesellschaftsverhältnis ohne einen wichtigen Grund (ein solcher ist nicht behauptet) nicht zurücktreten — also nicht kündigen — konnte; er hat ihn demgemäß zur Erfüllung seiner Verbindlichkeit aus dem Gesellschaftsvertrage und nicht zum Schadensersatz wegen unzeitiger aber doch wirksamer Kündigung (§ 723 Abs. 2) verurteilt. Berechtigt ist dieser Standpunkt des Berufungsrichters, wenn angenommen werden darf, daß die Gesellschaft für eine bestimmte Zeit eingegangen war.

Für eine bestimmte Zeit eingegangen ist eine Gesellschaft nicht nur dann, wenn ihre Dauer durch Vereinbarung eines gewissen Zeitpunkts oder Zeitraums beschränkt ist, sondern auch dann, wenn die Befristung aus den Umständen, insbesondere dem Zweck und Ziel der Gesellschaft, sich ergibt. Hier war die Vereinbarung der Beteiligten in erster Linie auf den Erwerb ausgebotener Grundstücke in der Zwangsversteigerung für gemeinschaftliche Rechnung gerichtet. Insoweit fand die Gesellschaft durch den Bietungstermin ihre zeitliche Begrenzung. Gelang es nicht, die Grundstücke zu dem auf 22000 Mk. limitierten Preise zu ersteigern, so war damit die Gesellschaft beendigt (§ 726). Sie wäre auch durch Erreichung dieses Zweckes tatsächlich beendigt worden, wenn die Absicht der Kontrahenten nur auf den gemeinschaftlichen Erwerb gerichtet gewesen wäre. Die zeitliche Begrenzung einer so geschlossenen Gesellschaft ist klar. Es kann aber für die Frage der Kündigungsbefugnis einen Unterschied nicht begründen, wenn die Vereinbarung zugleich dahin ging, daß die für gemeinschaftliche Rechnung erworbenen Grundstücke auch für gemeinschaftliche Rechnung verwertet werden sollten. Von diesem gemeinsamen Zweck konnte ja nicht eher die Rede sein, als bis durch den Erwerb der Grundstücke die Grundlage für eine gemeinsame Verwertung geschaffen war. Vereinbart war die Gesellschaft zunächst zum Zweck des gemeinschaftlichen Erwerbs der Grundstücke und erst für die Zeit nach Erreichung dieses Zweckes weiterhin zum Zwecke der gemeinsamen Verwertung. Hiernach liegt keine Verletzung des § 723 BGB. darin, daß der Berufungsrichter die unter den Parteien begründete Gesellschaft, insoweit sie den Erwerb der zur Versteigerung stehenden Grundstücke zum Zweck hatte, als für bestimmte Zeit eingegangen ansah und annahm, daß hier vor Schluß der Versteigerung nicht ohne wichtigen Grund gekündigt werden konnte. (Urt. d. V. ZS. vom 13. Oktober 1906, V 54/06). — — n.
708

Oberstes Landesgericht.

Zivilsachen.

I.

Verhältnis zwischen dem Enteignungsverfahren und der Auflassung des zu enteignenden Grundstücks. Keine Einwirkung auf die Hypotheken, die an dem zu enteignenden Grundstück bestehen, wenn die Durchführung des Enteignungsverfahrens infolge der Vereinbarung des Enteignungsberechtigten mit dem Abtretungspflichtigen entbehrlich wird. Bedeutung der Gewährleistung des Eigentümers, daß das veräußerte Grundstück hypothekenfreies Eigentum sei, als Zustimmung zu der Löschung der Hypotheken. (AG. zur ZPO. und KO. §§ 18, 26; GBO. §§ 22, 27, 29). Der Aktiengesellschaft der Pfälzischen Nordbahnen wurde das Recht zur Enteignung der für die Erbauung einer Bahn von M. nach Sch. erforderlichen Grundstücke erteilt. In dem Termine, den das Bezirksamt H. zur Verhandlung über die Abtretung des in der Steuergemeinde N. zu enteignenden Grundbesitzes abhielt, kam zwischen den Eigentümern und dem Vertreter der Aktiengesellschaft eine Einigung zustande, nach der erstere eine große Zahl von Grundstücken, von denen mehrere mit Sicherungshypotheken belastet sind, gegen vereinbarte Entschädigungen an die Gesellschaft abtraten, ihr gestatteten, sich in den Besitz zu setzen, und Gewähr dafür leisteten, daß die abgetretenen Flächen ihr freies Eigentum seien. Die Gesellschaft verpflichtete sich, die Entschädigung zu zahlen, sobald das hypothekenfreie Eigentum nachgewiesen sei. Beide Teile erklärten ihr Einverständnis, daß das Eigentum an den abgetretenen Grundstücken auf die Aktiengesellschaft übergehen solle und bewilligten und beantragten die Eintragung der Rechtsänderung in das Grundbuch. Die Hypothekengläubiger waren in dem Termine nicht anwesend und nahmen an dem Verfahren vor dem Bezirksamt nicht teil. Die Aktiengesellschaft einigte sich mit ihnen nachträglich dahin, daß die einen die festgesetzte Entschädigung ausgezahlt erhielten, die anderen in die Auszahlung der Entschädigung an den Eigentümer willigten. Auf Ersuchen der Direktion der Gesellschaft übersendete das Bezirkamt H. deren Antrag auf Berichtigung des Grundbuchs an das Amtsgericht W. Die Direktion legte dem Grundbuchamt auch die Privaturkunden über ihre Verhandlungen mit den Hypothekengläubigern vor. Das Grundbuchamt machte die Berichtigung von der Beibringung der Löschungsbewilligung der Hypothekengläubiger und der Zustimmung der Eigentümer zu der Löschung in öffentlichen oder öffentlich beglaubigten Urkunden abhängig. Die Beschwerde der Direktion wurde zurückgewiesen. Auch ihre weitere Beschwerde hatte nur zum Teil Erfolg.

Gründe: Die Enteignung bezweckt, dem Berechtigten das unbelastete Eigentum an den zu enteignenden Grundstücken zu verschaffen. Daher bestimmt das Ges. v. 17. Nov. 1837 im Art. XI, daß die auf dem Grundstücke ruhenden Hypotheken durch die Enteignung erlöschen und für sie an dessen Stelle die Entschädigung tritt. Die Hypothekengläubiger müssen zu dem Enteignungsverfahren zugezogen werden. Sie müssen nach Art. XV von der Verwaltungsbehörde durch Anfrage beim Grundbuchamt ermittelt und zu dem Termin, in dem über die Abtretung verhandelt wird (nach Art. 18 AG. z. ZPO. u. KO. auch zu dem Schätzungstermin), geladen werden; sie können auf Entscheidung über die Abtretungspflicht im Verwaltungsrechtsverfahren antragen und wegen der Höhe der Entschädigung den Rechtsweg betreten. Die Enteignung und das Erlöschen der Hypotheken tritt erst mit Hinterlegung der endgültig festgestellten Entschädigungssumme ein. Erscheinen die vorschriftsmäßig geladenen Hypothekengläubiger in dem Termin nicht, so werden sie mit den Einwendungen gegen die Enteignung ausgeschlossen; eine in dem Termine erzielte Einigung zwischen dem Eigentümer und dem Enteignungsberechtigten über die Entschädigung bindet sie aber nicht; für die Hypotheken tritt nicht die mit dem Eigentümer vereinbarte sondern die im Enteignungsverfahren und gegebenenfalls im Rechtswege festgestellte Entschädigung an die Stelle des Grundstücks.

Die Umständlichkeiten und Verzögerungen, die die Zuziehung der Hypothekengläubiger zu dem Enteignungsverfahren mit sich bringt, können es zweckmäßig erscheinen lassen, das Verfahren nur gegenüber den Eigentümern durchzuführen und die Beseitigung der Rechte der Hypothekengläubiger außerhalb des Verfahrens im Wege des rechtsgeschäftlichen Verkehrs herbeizuführen. Dann wird die Enteignung erst wirksam, wenn die Rechte der Hypothekengläubiger beseitigt sind und dem Enteignungsberechtigten nur noch die Eigentümer gegenüberstehen. Es kann für den Enteignungsberechtigten auch wünschenswert sein, das Eigentum an den Grundstücken sofort zu erwerben und zu diesem Zwecke mit den Eigentümern das Uebertragungsgeschäft des bürgerlichen Rechtes, die Auflassung, vorzunehmen. Damit auch das ohne Weiterung vor der für das Enteignungsverfahren zuständigen Behörde geschehen kann, gestattet Art 26 AG. z. ZPO. u. KO. die Erklärung der Auflassung vor dieser Behörde. Schließt der Enteignungsberechtigte mit dem Eigentümer das Uebertragungsgeschäft, so verzichtet er damit nicht auf das Enteignungsrecht; er kann noch immer zur Enteignung greifen, wenn das Uebertragungsgeschäft nichtig ist oder mit Erfolg angefochten wird. Hier konnte das Beschwerdegericht aus den beurkundeten Vereinbarungen ohne Irrtum die Schließung von Uebertragungsgeschäften entnehmen. Es muß aber hierauf nicht näher eingegangen werden, weil es für die Entscheidung nicht darauf ankommt. Wenn die Beschwerdeführerin in dem Termine das Enteignungsrecht ausgeübt und mit den Eigentümern im Enteignungsverfahren eine Einigung über die Abtretungspflicht und die Entschädigung erzielt hat, so hat sie doch das Enteignungsverfahren nicht auch den Hypothekengläubigern gegenüber durchgeführt. Die Vereinbarung, daß die Beschwerdeführerin die Grundbuchauszüge, auf Grund deren mit der Befreiung der Grundstücke von den Hypotheken vorgegangen werden soll, auf ihre Kosten zu beschaffen habe, legt die Vermutung nahe, daß das Bezirksamt die Hypothekengläubiger nicht ermittelt und nicht geladen hat. Jedenfalls aber ist nichts geschehen, um eine ihnen gegenüber wirksame Feststellung der Entschädigung herbeizuführen; die Beschwerdeführerin hat dem Bezirksamte gar nicht angesonnen, in dieser Richtung tätig zu werden, insbesondere nicht ein Schätzungsverfahren beantragt. Sie hat, statt die Hypothekengläubiger zu dem Enteignungsverfahren zuzuziehen, sich mit ihnen außerhalb des Verfahrens geeinigt. Die Erklärungen der Hypothekengläubiger, daß sie befriedigt seien oder daß sie auf die Hypotheken verzichten, bedürfen, um als Grundlage für die Löschung zu dienen, nach §§ 22, 29 GBO. öffentlicher Beurkundung oder öffentlicher Beglaubigung. Da diesem Erfordernisse nicht genügt ist, ist die Löschung mit Recht abgelehnt worden.

Dagegen haben die Vorinstanzen mit Unrecht die nach § 27 GBO. zur Löschung der Hypotheken erforderliche Zustimmung der Eigentümer vermißt. Die im Protokolle vom 12. Juni 1902 beurkundeten Erklärungen lassen keinen Zweifel darüber zu, daß die Beteiligten die Befreiung der Grundstücke von den Hypotheken bezweckten, sie können nur dahin aufgefaßt werden, daß die mit den Hypothekengläubigern zu erzielende Einigung zur Aufhebung der Hypotheken und zur Löschung im Grundbuche führen soll, und geben damit der Zustimmung zur Löschung unzweideutigen Ausdruck .... (Beschl. des I. ZS. v. 23. Nov. 1906 Reg. III Str. 77/06). K.

732

II.

Keine Wirkung des vertragsmäßigen Hypothekentitels gegen Dritte, die vor der zu bewirkenden Eintragung der bestellten Hypothek in gutem Glauben das Eigentum an dem zu belastenden Grundstück erworben haben. Verpflichtung des Rechtsnachfolgers des Bestellers zur Gestattung der Eintragung der bestellten Hypothek auch im Falle der Sonderrechtsnachfolge? Art der Rechtsnachfolge bei der Erwerbung einer Konkursmasse durch Kauf. (HypG. §§ 9, 13, 21, 39, 109, 110, KO. §§ 12, 117, BGB. §§ 419, 1382). Gründe: Mit notarieller Urkunde vom 22. November 1905 hat der Handelsmann L. G. in M. das Wirtsanwesen Hausnummer 1 in A. um 37500 Mk. an den Bierbrauer F. L. in K. verkauft. Von dem Kaufpreise wurden 22500 Mk. teils durch Uebernahme einer Hypothekenschuld, teils durch Barzahlung getilgt, für den Rest von 15000 Mk. bestellte der Käufer Hypothek an dem Anwesen. Nachdem F. L. gestorben war, hat das Amtsgericht N. am 15. Februar das Konkursverfahren über seinen Nachlaß eröffnet. Die Kaufvertragsurkunde wurde erst am 7. April dem Amtsgerichte D. zur Bewirkung der Eintragungen vorgelegt. Das Hypothekenamt hat am folgenden Tage das Anwesen auf den Käufer L. umgeschrieben, zugleich in der 2. Abteilung die Eröffnung des Konkursverfahrens über dessen Nachlaß vermerkt und die für den Kaufpreisrest von 15000 Mk. bestellte Hypothek „für den Fall, daß in Ansehung des Hypothekengegenstandes das Konkursverfahren nicht zur Durchführung gelangen sollte", vorgemerkt. Die Eintragung der Hypothek erachtete es wegen der Konkurseröffnung für unstatthaft. Die Kaufpreisforderung zu 15000 Mk. wurde im Prüfungstermin anerkannt, dagegen wurde der Anspruch des L. G. auf abgesonderte Befriedigung aus dem Anwesen bestritten. Mit notarieller Urkunde vom 19. April hat der Konkursverwalter unter Zustimmung des Gläubigerausschusses die Konkursmasse mit Einschluß des Anwesens Hausnummer 1 in A. an die offene Handelsgesellschaft K. L. und Gen. in K. um 373549 Mk. 34 Pf. verkauft. Der Kaufpreis wurde so bemessen, daß auf die nicht bevorrechtigten Konkursforderungen eine Dividende von 40% traf. In Ansehung der Forderung des L. G. enthält der Vertrag folgende Bestimmungen: „Die Käuferin übernimmt gegen Abrechnung am Kaufpreis auch die bei der Verteilung auf diese nicht bevorrechtigte Forderung treffenden 40%, sohin 6000 Mk. Sollte sich herausstellen, daß der Kaufschillingsrest des G. zu 15000 Mk. im vollen Betrage zu Recht besteht, so übernimmt Käuferin ihn in diesem vollen Betrag, ohne gegen die Konkursmasse irgendeinen Anspruch hierwegen zu erheben." Das Hypo-

thekenamt hat nach Antrag der Beteiligten das Anwesen auf die Käuferin umgeschrieben, die beantragte Löschung der Vormerkung aber mangels Zustimmung des G. abgelehnt. Der Gläubiger L. G. legte gegen diese Verfügung Beschwerde mit dem Antrag ein, die endgültige Eintragung der vorgemerkten Hypothek zu 15 000 Mk. anzuordnen. Das Landgericht hat die Beschwerde zurückgewiesen. Gegen diesen Beschluß ließ L. G. weitere Beschwerde einlegen und beantragen, die endgültige Eintragung der Hypothek zu 15 000 Mk. oder doch die Durchführung des in den §§ 109, 112 HypG. vorgeschriebenen Verfahrens anzuordnen. Auch die weitere Beschwerde wurde zurückgewiesen.

Gründe: Durch die in dem Kaufvertrag vom 22. November 1905 enthaltene Hypothekbestellung hat der Beschwerdeführer nach § 9 Nr. I, 2 und § 13 HypG. einen Rechtstitel zu der Erwerbung der Hypothek erlangt, der Rechtstitel hat aber nach § 10 HypG. die Entstehung der Hypothek noch nicht bewirkt, sondern dazu war nach § 9 Nr. II und § 21 HypG. noch die förmliche Eintragung der Hypothek in das Hypothekenbuch erforderlich. Der vertragsmäßige Rechtstitel enthält nur die bindende Einigung der Beteiligten über die Belastung des Grundstücks mit der vereinbarten Hypothek; durch die Einigung treffen die Beteiligten eine rechtsgeschäftliche Verfügung über das Grundstück, aber dieses wird von der Verfügung nicht schon durch das Rechtsgeschäft sondern erst durch das Hinzukommen der Eintragung ergriffen. Wird das Grundstück veräußert, bevor die Hypothek eingetragen worden ist, so kann die Verfügung des bisherigen Eigentümers es nicht mehr ergreifen; der durch sein Rechtsgeschäft begründete Hypothekentitel ist — vorbehaltlich der Wirkung des öffentlichen Glaubens des Hypothekenbuchs — dem neuen Eigentümer gegenüber unwirksam; sobald dieser im Hypothekenbuch eingetragen ist, kann ihm gegenüber eine Hypothek nicht mehr verlangt werden (§ 26 Nr. 3 HypG.). Die bindende Kraft der in dem Vertrage vom 22. November 1905 enthaltenen Einigung über die Belastung des Anwesens mit der für den Beschwerdeführer bestellten Hypothek wurde nach § 130 Abs. 2 BGB. durch den Tod des F. L. nicht berührt, aber sie erstreckt sich, auch abgesehen von der Wirkung der Konkurseröffnung, nicht auf die offene Handelsgesellschaft K. L. und Gen., die das Anwesen mit den übrigen Bestandteilen des Nachlasses des F. L. von dem Konkursverwalter erworben hat. Die Gesellschaft hat das gesamte Nachlaßvermögen erworben, aber dieses ist nicht als Ganzes auf sie übergegangen, sondern sie hat nur alle einzelnen Sachen und Rechte erlangt. Damit ist das in ihr Eigentum übergegangene Anwesen aus dem Rechtskreis ausgeschieden, innerhalb dessen es von der von F. L. getroffenen Verfügung ergriffen werden konnte, und der Hypothekentitel des Beschwerdeführers gegenstandslos geworden. Der Mangel eines der Gesellschaft gegenüber wirksamen Hypothekentitels würde auch durch eine Verpflichtung der Gesellschaft zur Bestellung der Hypothek nicht ersetzt werden (Neue Samml. 6, 277, 279). Eine solche Verpflichtung besteht aber nicht, sie kann weder aus der die Forderung des Beschwerdeführers betreffenden Bestimmung des Vertrags vom 19. April 1906 noch aus dem § 2382 BGB., der die dem § 419 entsprechende Vorschrift für den Erbschaftskauf enthält, hergeleitet werden. Für die Frage, inwiefern das zur Konkursmasse gehörende Anwesen auf Grund einer Verfügung des F. L. noch mit einer Hypothek belastet werden konnte, sind, da für den Bezirk des Amtsgerichts D. das Grundbuch noch nicht als angelegt gilt, nach Art. VI des EG. zu dem Gesetze, betreffend Aenderungen der KO., vom 17. Mai 1898 die Vorschriften des bisherigen Rechtes maßgebend, es kommen also § 12 KO. ä. F. und § 30 Abs. 3 HypG. in der Fassung des Ges. vom 20. Dezember 1903 zur Anwendung. Nach § 12 KO. ä. F. können Hypothekenrechte an Gegenständen der Konkursmasse nicht mit verbindlicher Kraft gegen die Konkursgläubiger erworben werden, wenngleich der Anspruch auf den Erwerb schon vor der Eröffnung des Verfahrens begründet gewesen ist, und in Uebereinstimmung damit legt § 30 Abs. 3 HypG. nur einer schon vor der Konkurseröffnung eingetragenen Vormerkung die Bedeutung bei, daß ihre Wirkung durch die mit der Konkurseröffnung verbundene Beschränkung des Eigentümers in der Verfügung über das Grundstück nicht berührt wird. Der Beschwerdeführer konnte daher am 8. April 1906 eine gegen die Konkursgläubiger wirksame Hypothek und damit ein Recht auf abgesonderte Befriedigung nicht mehr erlangen (Neue Samml. 5, 247). Die Vorschrift des § 2382 BGB. findet auf den Fall, daß der Verwalter im Nachlaßkonkurse die die Konkursmasse bildende Erbschaft verkauft, um sie in Gemäßheit des § 117 Abs. 1 KO. zu verwerten, keine Anwendung; für die Konkursgläubiger tritt an die Stelle der Haftung des Erwerbers der in die Masse fließende und zu ihrer Befriedigung dienende Erlös. Die für den Beschwerdeführer eingetragene Vormerkung ist dadurch gegenstandslos geworden, daß das Anwesen zum Zwecke der Verwertung im Konkurse veräußert worden ist. Da es hiernach an einem gegen die nunmehrige Eigentümerin des Anwesens wirksamen Hypotekentitel fehlt, bestand kein Anlaß, die Eigentümerin über den Antrag des Beschwerdeführers nach den §§ 109, 110 HypG. zu hören, vielmehr war der Antrag gemäß § 105 HypG. abzuweisen. (Beschl. vom 8. Okt. 1906. I. ZS. Reg. III Nr. 119/06). K.

724

III.

Voraussetzung des Schadensersatzanspruchs des Verkäufers beim Verzuge des Käufers in der Annahme der Ware, insbesondere bei dem sog. Spezifikationslieferungskauf nach älterem und neuerem Handelsrecht (HGB. ä. F. Art. 343, 354, HGB. n. F. §§ 374, 375, BGB. § 376). Der Kläger fordert auf Grund eines vor dem 1. Januar 1900 mit dem Beklagten geschlossenen Vertrags über Lieferung von Waren, die vom Käufer zu bemustern waren, u. a. auch Schadensersatz wegen angeblich ungerechtfertigter Weigerung der Annahme eines Teiles der Ware, dessen Bestellung der Beklagte bestritt. Das OLG. wies die Klage, soweit sie auf Schadensersatz gerichtet war, ab. Die Revision des Klägers blieb erfolglos.

Aus den Gründen: Die Rechtsprechung hat die Vorschriften der Art. 343, 354 ADHGB. auch auf den sog. Spezifikationskauf angewendet, bei dem, wie es im § 375 Abs. 1 HGB. heißt, dem Käufer die nähere Bestimmung über Form, Maß und ähnliche Verhältnisse der zu liefernden Ware vorbehalten ist, und hat einen einheitlichen Lieferungsvertrag solcher Art auch dann angenommen, wenn dem Käufer die Wahl unter verschiedenen Sorten des Grundstoffs, aus dem die Waren hergestellt werden sollen, freisteht (RG. 30, 97; 43, 101). Gegenstand des Selbsthilfeverkaufs ist beim Spezifikationskaufe das Bezugsrecht des Käufers mit Einschluß des Bestimmungsrechts. Das Bestimmungsrecht mag für den neuen Käufer nicht denselben Wert haben, wie für den säumigen, das Bezugsrecht mit Bestimmungsrecht wird aber nicht selten leichter einen Kaufsliebhaber finden als eine Ware, die nach einer mit besonderen geschäftlichen Verhältnissen des säumigen Käufers zusammenhängenden Bestimmung hergestellt worden ist. Hier sollten Damenkleiderstoffe aus derselben Sorte Kammgarn nach bestimmten Mustern (Webefiguren) in bestimmten Farben hergestellt werden, dem Käufer stand die Wahl unter zwei Mustern und vier Farben zu. Die beiden Muster und die vier Farben wurden als gleichwertig behandelt, der Preis blieb derselbe, gleichviel welche Bestimmung der Käufer traf. Die

Abweichungen in bezug auf Muster und Farbe, die nach der bestehenden Uebung durch Entgegenkommen des Verkäufers gestattet werden, waren nicht Gegenstand des Vertrags, sondern es bedurfte, wenn der Käufer eine solche wünschte, einer neuen Vereinbarung, für die es sich nicht von selbst verstand, daß alle sonstigen Vertragsbestimmungen, insbesondere Preis und Lieferzeit, unverändert blieben. Die Bestimmungen des vom Berufungsgerichte festgestellten Lieferungsvertrags enthalten nichts, was den Selbsthilfeverkauf ausschließen könnte. Das Recht des Käufers, die Form zu bestimmen, in der das Kammgarn zu den Kleiderstoffen verwebt werden sollte, schließt die Einheitlichkeit des Lieferungsvertrags ebensowenig aus, wie das Recht der Auswahl der Farben.

Der Selbsthilfeverkauf war nach Art. 354 ADHGB. Bedingung des Anspruchs auf Schadensersatz (RG. 37, 28; 43, 101). Der Einwand, den die Revision gegen die Zweckmäßigkeit dieses Erfordernisses erhebt, trifft jeden Spezifikationskauf, auch den einfachsten. Die Notwendigkeit des Selbsthilfeverkaufs erweist sich auch bei dem Kaufe fertiger Waren nicht selten als mißlich, das neue HGB. hat deshalb die Vorschrift des Art. 354 nicht übernommen,[1]) für die Anwendung des früheren Rechtes sind diese Erwägungen aber ohne Belang. Nach dessen Vorschriften gehörte es zum Inhalte der Verpflichtung des Beklagten, daß er Schadensersatz wegen Nichterfüllung nur zu leisten hatte, wenn der Schaden des Klägers durch das Ergebnis eines Selbsthilfeverkaufs festgestellt war. Daran ist nach Art. 170 EG. z. BGB. durch die Geltung des neuen Rechtes nichts geändert worden, der jetzt auch für den Handelskauf maßgebenden Vorschrift des § 326 BGB. kommt rückwirkende Kraft nicht zu (Urt. vom 13. Juni 1906, 1. ZS. Reg. I Nr. 921/06).

680 K.

Oberlandesgericht München.

I.

Bereicherungsklage gegen den Gläubiger bei Zwangsversteigerung fremder Sachen, „Abzahlung" ist kein bloßer Rechtsbegriff. Der Möbelhändler W. verklagte den Metzger G. auf Herauszahlung eines Zwangsversteigerungserlöses von 581 Mk., weil die versteigerten Gegenstände von W. dem Schuldner N. auf Abzahlung geliefert und zufolge Ratenrückstands noch unter dessen Eigentumsvorbehalt gestanden seien. Der Beklagte bestritt die Fortdauer des Eigentumsvorbehalts, weil die gepfändeten Möbel aus einem früheren Kaufgeschäft stammten, dessen Preis durch die geleisteten Raten getilgt gewesen wäre, wenn nicht W. den Preis eines zweiten Kaufgeschäfts einheitlich zusammen mit dem ersten Vertrage der Tilgungsberechnung zugrunde gelegt hätte. Außerdem sei durch die Versteigerung und durch die Einnahme des Erlöses nicht er (der Gläubiger) bereichert, dessen Forderung erloschen, sondern der Schuldner und jedenfalls könne W. nicht den ganzen Strichschilling, sondern nur den Betrag seines rückständigen Kaufpreises verlangen. Das Landgericht machte die Entscheidung von der Eidesleistung des Klägers dahin abhängig, daß an den streitigen Sachen ein Betrag von 581 Mk. noch nicht gezahlt sei. Die Berufung des Beklagten wurde zurückgewiesen.

Aus den Gründen: Es enthält keine Unklarheit, wenn in den Kaufverträgen das „Eigentums- bzw. Rücktrittsrecht" bis zur völligen Abzahlung vorbehalten ist. Eine Reihe weiterer Bestimmungen läßt nämlich keinen Zweifel, daß dem Verkäufer in erster Linie das Eigentum vorbehalten bleiben sollte; durch die Erwähnung des Rücktrittsrechts ist nur noch besonders auf die Bedeutung hingewiesen, die dem Eigentumsvorbehalt kraft Gesetzes (§ 455 BGB.) unter den Parteien zukommt. Die Verträge verstoßen auch nicht deshalb gegen das RG. betr. die Abzahlungsgeschäfte, weil darin die Ratenrückzahlung für den Fall des Rücktritts nicht ausdrücklich zugesichert ist. Diese Pflicht hat der Verkäufer ohnehin kraft obigen Gesetzes. Die Erstreckung des Eigentumsvorbehalts auf die Möbel des ersten Kaufvertrags bis zur Entrichtung des Gesamtpreises einschließlich des zweiten Kaufs durch die Klausel „dieser Kauf geht im Verein mit den früher gekauften Waren" genügt und wäre nur unwirksam, wenn hierbei die Kaufsumme des ersten Vertrags schon völlig gezahlt gewesen wäre, was nicht der Fall war. Auch der Beklagte ist bereichert, weil er nur ein Recht auf Befriedigung aus dem Vermögen des Schuldners hatte und § 819 ZPO. eine wirksame Pfändung voraussetzt; demnach ist keine Befreiung eingetreten und auch die Forderung des Beklagten gegen den Schuldner nicht erloschen. Hieran wird durch die Erschwerung der Rechtslage des Gläubigers (dreißigjährige Verjährungsfrist der Kondiktion, Rückgabe von Schuldurkunden und Vollstreckungstiteln, Löschungen) nichts geändert; (vgl. Bl. f. RA. Bd. 70 S. 688). Wenn das Erstgericht schließlich den Wert der versteigerten Sachen für den Eigentümer nur auf den Betrag seines rückständigen Ratenguthabens (nicht den vollen Sachwert) feststellte, so kann sich hierdurch jedenfalls nicht der Beklagte beschwert fühlen. Der in der Eidesnorm gebrauchte Rechtsbegriff „abbezahlen" ist gemeinverständlich und ganz besonders dem Kläger, der ja auf Abzahlung zu liefern pflegt, geläufig. Aufgabe des Richters bei Abnahme des Eides wird es sein, nicht nur den Schwurpflichtigen nötigenfalls an der Hand seiner Geschäftsbücher zur Spezifizierung der Zahlungen zu veranlassen, sondern auch durch entsprechende Erörterungen mit ihm festzustellen, welche Bewandtnis es mit den dem Käufer zu Lasten geschriebenen Zinsen und Kosten nach Grund und Höhe hat und worauf die jeweiligen Zahlungen angerechnet worden sind. (Urt. v. 29. Okt. 1906; L 295/06 IV). N.

711

II.

Art. 14 des NotG. vom Jahre 1861. Ausschluß der Rückforderung. Eingeklagt war der Restkaufschilling aus einem im Jahre 1902 erfolgten Anwesensverkaufe. Der Kläger hat die unrichtige Beurkundung des Kaufpreises in der notariellen Urkunde zugegeben. Die Klage wurde abgewiesen; die Berufung wurde zurückgewiesen. Das Berufungsgericht beantwortete die Frage, ob § 313 Satz 2 BGB. auch während der Uebergangszeit verwendbar sei, in verneinendem Sinne (S. 464 II. Jahrgang dieser Zeitschrift) und führte sodann aus, daß die aus §§ 313, 125, 117, 139 BGB. sich ergebende Nichtigkeit des Vertrages eine Klage auf Erfüllung nicht zulasse, daß aber unter Umständen auch eine Rückforderung nach beiderseitigem Vollzug ausgeschlossen sein kann.

Aus den Gründen: Einer Rückforderung des übertragenen Anwesens oder des gezahlten Kaufpreises könnte folgende Erwägung entgegenstehen. Aus dem Verhalten der Vertragsteile kann die Absicht entnommen werden, daß die Beurkundung nur die hypothekenamtliche Besitztitelberichtigung herbeiführen sollte, während von den einander vertrauenden Vertragsteilen als wirksame Rechtsübertragungen gedacht waren zunächst die Handlung des einen Teiles (Geldzahlung oder Besitzübergabe zu Eigentum) zu dem Zwecke, um den anderen Teil zu einer in Aussicht gestellten Handlung (Besitzübergabe zu Eigentum bezw. Geldzahlung) zu veranlassen und dann die hierdurch bezweckte Handlung des anderen Teiles. Ein derartiges Verfahren ist rechtswirksam, da nach dem bayerischen Landrechte das Grundgeschäft nur als

[1]) S. HGB. §§ 374, 375.

Erkennungszeichen für den Eigentumsübertragungswillen dient (Ldr. T. II c. 3 § 7 Ziff. 2 u. 5 u. Anm. 2 u. 3 lit c u. d) und bei der Herrschaft des Parteiwillens im Rechte der Schuldverhältnisse der wirtschaftliche Grund für eine Rechtsänderung von den Parteien willkürlich gesetzt werden kann, soferne nur der Wille der Rechtsänderung aus ihm erklärlich wird, weshalb die „tituli dominii translativi" in Ldr. T. II c. 3 § 7 Z. 2 u. Anm. 3 lit a nur beispielsweise angeführt werden. Ob die Vertragsteile hier so verfuhren, kann dahingestellt bleiben, weil auch darnach keinesfalls aus der ihrer gesetzlich vorgeschriebenen Form ermangelnden Beredung geklagt werden kann, vielmehr bei vollem oder teilweisem Ausbleiben der bezweckten Leistung nur Klage auf Herausgabe des durch die eigene Leistung von dem anderen Teile Erlangten (allenfalls unter Berücksichtigung der Teilleistung des anderen) zusteht. (§ 812 Abs. I, § 818 Abs. III BGB.). (Urteil v. 2. Okt. 1906, 8/05). — o —

722

Oberlandesgericht Augsburg.

Erhebung der Klage durch eine nicht bevollmächtigte Person. Am 10. Juli 1906 reichte Rechtsanwalt O. namens des Kr. eine Klage gegen S. wegen Forderung ein. Rechtsanwalt Ka. beantragte namens des S. die Abweisung; er bestritt, daß der Kläger dem Rechtsanwalt O. Vollmacht erteilt habe, und behauptete, daß die Klage von der Frau des Klägers hinter dessen Rücken erhoben worden sei. Rechtsanwalt O. mußte nach Erkundigungen zugeben, daß seine Vollmacht von der Hand der Frau seines Auftraggebers herrühre; er zog deshalb die Klage zurück. Rechtsanwalt Ka. willigte aber nicht ein, worauf Rechtsanwalt O. erklärte, daß er nicht mehr auftrete, und Rechtsanwalt Ka. beantragte, die Klage durch Versäumnisurteil abzuweisen und die Kosten Kr. aufzuerlegen. Dieser Antrag wurde zurückgewiesen, weil Kr. nicht Prozeßsubjekt geworden sei, und in diesem Falle nach § 89 ZPO. die Kosten dem Vertreter zu überbürden seien. Rechtsanwalt Ka. legte Beschwerde ein. Das OLG. hob am 6. Nov. 1906 den angefochtenen Beschluß auf, verwies die Sache an das Landgericht zur Bestimmung eines neuen Verhandlungstermins zurück, und verurteilte Rechtsanwalt O. in die Kosten des Beschwerdeverfahrens.

Gründe: Die ZPO. enthält keine ausdrückliche Bestimmung darüber, wie ein Rechtsstreit zu behandeln sei, in dessen Verlauf sich herausstelle, daß die Partei, für welche angeblich die Klage erhoben ist, durch den für sie handelnden Dritten nicht vertreten wurde. Das Reichsgericht hat sich hierüber verschiedentlich geäußert. Die eine Aeußerung (Bd. 30 S. 401) geht dahin, daß die Klage nicht unzulässig ist, sondern die Nichtbeibringung der Genehmigung nur bewirkt, daß der Gegner sich mit der als Prozeßbevollmächtigter auftretenden Person nicht einzulassen, mit ihr nicht zu verhandeln braucht, daß ferner die von ihm vertretene Partei als nicht erschienen betrachtet wird und demnach auf Antrag die Klage durch Versäumnisurteil zurückzuweisen ist. In einem anderen Falle hat das Reichsgericht ausgesprochen, daß dann, wenn eine nicht legitimierte Person für eine Partei ein Rechtsmittel eingelegt hat, im Falle des Unterliegens die Kosten des Rechtsmittels nicht der Partei, sondern jener Person aufzuerlegen sind (JW. 1899, S. 595[5]). Hier schließt sich das Beschwerdegericht der ersteren Meinung des Reichsgerichtes an. Deshalb bleibt nichts übrig, als die Klage angebrachtermaßen abzuweisen, und den unbevollmächtigten Vertreter nachträglich als die eigentlich klagende Partei anzusehen, und ihm gegenüber zugunsten des Prozeßgegners zu entscheiden. Deshalb war in Anwendung des § 575 ZPO. die Sache an das Landgericht zur Bestimmung eines neuen Verhandlungstermins zurückzugeben, in dem Versäumnisurteil zu erlassen ist, wenn Rechtsanwalt Ka. den Antrag nicht zurückzieht (vgl. Seuffert Komm. zu ZPO. 8 Aufl. Note 2 zu § 336). Folgerichtig mußten auch die Kosten des Beschwerdeverfahrens dem Rechtsanwalt O. auferlegt werden, der als Gegner des Beklagten zu gelten hat. (§ 91 mit § 97 ZPO).

720 D.

Landgericht München I.

Zu Art. 123 AG. z. BGB. Von der Finanzbehörde, welche die Eintragung einer Sicherungshypothek für öffentliche Abgaben an mehreren Grundstücken des Schuldners beantragt, kann nicht der Nachweis verlangt werden, daß der lastenfreie Wert der Grundstücke den zweifachen Betrag des Anspruchs nicht überschreitet. Es ist Sache des Eigentümers, die Beseitigung einer etwaigen übermäßigen Belastung herbeizuführen.[1]) Das Rentamt M. beantragte beim Grundbuchamte des Amtsgerichts M. Eintragung einer Sicherungshypothek für eine Forderung des Staates von 424 Mk. (notarielle Staatsgebühren) auf mehreren Grundstücken des B. in T. Das Grundbuchamt führte aus: Nach Art. 123 AG. z. BGB. dürfe die Eintragung einer Sicherungshypothek an mehreren Grundstücken nur soweit verlangt werden, daß der Wert der Grundstücke den zweifachen Betrag des Anspruchs erreiche; ein Nachweis darüber, wie es sich hiermit verhalte, liege nicht vor. Es setzte daher dem Rentamt eine Frist zur Hebung des Hindernisses. Die Beschwerde hatte Erfolg.

Aus den Gründen: Nach dem Wortlaute des Art. 123 AG. z. BGB. läßt sich die Anschauung des Amtsgerichts vertreten. Allein Sinn und Zweck der Vorschrift geht dahin, Ersatz für § 11 des bayer. Hypothekengesetzes zu bieten. Nach dem Wortlaute letzterer Vorschrift konnte darüber kein Zweifel aufkommen, daß das Hypothekenamt nicht von Amts wegen bestimmte Angaben über den Wert der Grundstücke und deren Glaubhaftmachung verlangen konnte, sondern daß es Sache des Eigentümers war, eine übermäßige Belastung geltend zu machen. Art. 123 AG. z. BGB. wollte sicherlich den Finanzbehörden nicht ein umständliches Verfahren zum Zwecke der Ermittelung des Wertes der Grundstücke aufbürden. Das Amtsgericht hat sich u. a. auch darauf gestützt, daß Art. 123 AG. z. BGB. im Interesse des Schuldners geschaffen sei, daß die Entstehung von Gesamthypotheken möglichst eingeschränkt werden sollte und daß deren spätere Beseitigung erhebliche Schwierigkeiten bereiten könne. Allein die Art. 122 ff. AG. z. BGB. bezwecken in erster Linie die Sicherung der fiskalischen Ansprüche. (Beschluß der I. ZK. vom 10. Dezember 1906, BeschwReg. 541/06). — — — n.

733

Landgericht Nürnberg.

Zu § 273, 556 BGB. Der Kläger hatte dem Beklagten durch einen nicht notariellen Vertrag sein Anwesen, ein Mietgebäude, einstweilen zu Eigentum überlassen; der Beklagte hatte die Wohnungen des Hauses in eigenem Namen vermietet bis auf eine, die er selbst inne hatte. Da die geplante notarielle Uebereignung nicht erfolgte, begehrte der Kläger vom Beklagten Räumung der Wohnung, nachdem er (Kläger) die Mieter davon benachrichtigt hatte, daß er (Kläger) Eigentümer sei und von ihnen den Mietzins begehre. Der Beklagte erkannte an, daß er zur Räumung verpflichtet sei; er verweigerte sie jedoch, weil er die Räumung gemäß § 273 zurückzuhalten befugt sei, da ihm aus dem gleichen rechtlichen Ver-

[1]) Wir machen auf diese für die Praxis sehr wichtige Entscheidung, die keinem Rechtsmittel mehr unterliegt, besonders aufmerksam.

hältnisse, dem nichtnotariellen Vertrag, eine Reihe von Forderungen für Ausbesserungen rc. gegen den Kläger zustehe. Der Kläger behauptete, daß Zurückbehaltung unzulässig sei, weil sich im Hinblick auf den analog anzuwendenden § 556 Abs. II BGB. aus dem Schuldverhältnis ein anderes ergebe. Das Landgericht erkannte nach Klageantrag. (Das Urteil ist rechtskräftig).

Aus den Gründen: Das sog. Zurückbehaltungsrecht des § 273 a. a. O. besteht nur, wenn sich nicht aus dem Schuldverhältnisse ein anderes ergibt; es ist ausgeschlossen, wenn die Natur des Schuldverhältnisses die Zurückbehaltung ausschließt. Dieser Fall ist hier gegeben. Denn was in § 556 Abs. II BGB. bezüglich des Mieters vorgeschrieben ist — Verbot der Zurückbehaltung des Grundstückes durch den Mieter wegen seiner Ansprüche gegen den Vermieter — muß analog auch in dem vorliegenden ganz ähnlichen Falle gelten, da hier die Gründe für die Vorschrift des § 556 Abs. II a. a. O. zutreffen. Diese hat nämlich ihren Grund darin, daß die Gegenansprüche des Mieters regelmäßig in keinem Verhältnisse zu der Tragweite des Zurückbehaltungsrechtes stehen, daß ein solches Recht vom Mieter leicht schikanös ausgebeutet werden könnte und daß der Mieter in der Regel durch den Grundbesitz des Vermieters hinreichend gesichert ist. Hier betragen die Ansprüche des Beklagten höchstens eine Summe, die mit dem Werte des Anwesens (55,000 Mk.) in einem außerordentlichen Mißverhältnisse steht. Ferner würde der Beklagte, wenn alle seine Forderungen im Prozeßwege geprüft werden müßten, ruhig eine unverhältnismäßig lange Zeit ohne Zahlung eines Mietzinses die Wohnung in dem Anwesen des Klägers inne haben, wodurch dem Kläger ein unersetzlicher Schaden zugefügt würde. Auch hätte es der Beklagte in der Hand, durch die Geltendmachung immer neuer Ansprüche den Rechtsstreit in die Länge zu ziehen, um immer noch länger in dem Anwesen des Klägers wohnen zu können. Schließlich ist der Beklagte für alle seine Forderungen durch den Grundbesitz des Klägers gesichert. Hiernach würde durch die Verweigerung der von dem Beklagten geschuldeten Leistung — Herausgabe des Anwesens und Räumung der Wohnung — dem Kläger ein unverhältnismäßig großer Schaden erwachsen. Die Verweigerung dieser Leistung würde gegen Treu und Glauben verstoßen, es ist daher auch von diesem Gesichtspunkte aus die Ausübung des Zurückbehaltungsrechtes ausgeschlossen. (Urteil vom 19. Oktober 1906; A. 634/06).

701 Mitgeteilt von Rechtsanwalt Dr. Geiershöfer in Nürnberg.

Notizen.

Vollzug der Gebührenordnung für Zeugen und Sachverständige. Nach § 14 der Gebührenordnung für Zeugen und Sachverständige erhalten öffentliche Beamte Tagegelder und Erstattung von Reisekosten nach Maßgabe der für Dienstreisen geltenden Vorschriften, wenn sie als Zeugen über Umstände zugezogen werden, von denen sie in Ausübung ihres Amtes Kenntnis erhalten haben. Eine weitere Vergütung wird daneben nicht gewährt. Wichtig für den Vollzug dieser Vorschrift ist die Erhöhung der Uebernachtungsgebühr der Gendarmen von zwei Mark auf drei Mark (Bek. der Staatsministerien der Justiz und der Finanzen vom 20. Dezember 1906, JMBl. 1906 S. 325). (Ueber die Vergütungen der im Gemeindedienste stehenden Polizeiorgane, sowie der behufs informatorischer Beschäftigung in einem anderen Dienstzweig beurlaubten Gendarmen s. Entsch. des OLG München in Strafsachen Bd. 7 S. 315 und Bd. 8 S. 95).

Neuordnung der Verwaltung der Verkehrsanstalten. Das GVBl. enthält in Nr. 74 auf S. 871 die sehr umfassende Verordnung über die neue Organisation der Verkehrsverwaltung. Eine genauere Darstellung der Einzelheiten würde zu weit führen. Als für das bürgerliche Recht und den Zivilprozeß bedeutungsvoll sind die Vorschriften hervorzuheben, welche die gesetzliche Vertretung des Ressorts regeln. Den Aemtern (A § 1[4] und B § 1[4]) ist die Befugnis zur Vertretung der Verwaltung entzogen (A § 6[4] und B § 6[4]). Sie ist den Mittelstellen (Eisenbahndirektionen und Oberpostdirektionen) übertragen, und zwar für den Geschäftskreis der Aemter jener Direktion, in deren Bezirke das Amt seinen Sitz hat; hinsichtlich des Bereiches des Versicherungsamtes in Rosenheim (A § 1[4] h und B § 1[4] Abs. 2) ist sie zwischen Eisenbahn- und Oberpostdirektion geteilt. Das Verkehrsministerium hat sich die gesetzliche Vertretung für die Angelegenheiten vorbehalten, in denen ihm die erste und ausschließliche Entscheidung zusteht (A und B § 3[1] Abs. 2; vgl. auch A und B § 3[2]).

Die bayerische Justizstatistik für 1905 ist kürzlich im Verlage von Christian Kaiser in München erschienen. Der für Bayern wichtigste Vorgang des Jahres 1905 war das Inkrafttreten des Grundbuchrechtes in einigen Teilen des rechtsrheinischen Bayern; es ist von Interesse, zu prüfen, welchen Einfluß er auf den Geschäftsanfall bei den Hypotheken- und Grundbuchämtern hatte. Im Oberlandesgerichtsbezirke München fielen 1905 173076 Hypotheken- und Grundbuchgeschäfte an, gegen 173065 im Vorjahre. Das Gesamtergebnis hat sich also fast gar nicht verändert. In einigen Amtsgerichtsbezirken hat sich der Anfall sogar nicht unbeträchtlich gemindert (z. B. in München I, München II, Laufen, Dingolfing, Vilsbiburg); eine erhebliche Steigerung ist dagegen u. a. in Erding, Freising, Garmisch, Starnberg, Wolfratshausen, Eggenfelden zu verzeichnen. In den Bezirken der oberpfälzischen Landgerichte war die Veränderung des Anfalls gering (Amberg 19239 gegen 21409; Regensburg 21597 gegen 21241; Weiden 13877 gegen 14608; Gesamtanfall 54713 gegen 57258). Da das Grundbuchrecht nur acht Monate lang in Geltung stand und die Bevölkerung sich erst an die neuen Formen gewöhnen muß, ist ein endgültiges Urteil über den Einfluß des neuen Rechtes auf die Geschäftsverhältnisse nicht möglich. Die Zahl der Zwangsverwaltungen ist in den unter dem neuen Grundstücksrechte stehenden Landesteilen stark in die Höhe gegangen. Es war das vorauszusehen, weil ja nach dem ZwVG. bei der Zwangsversteigerung eines Grundstücks die Miet- und Pachtzinsen von der Beschlagnahme nicht umfaßt werden, vielmehr die Verwirklichung ihrer Haftung für die Hypotheken nur durch Einleitung der Zwangsverwaltung erfolgen kann. Die Zahl der Zwangsverwaltungen betrug im Königreiche 510 gegen 60 im Jahre 1904; hiervon trafen 429 auf den Oberlandesgerichtsbezirk München. Aus der Kriminalstatistik, die auf der Grundlage der statistischen Arbeiten des Reiches für das Jahr 1904 aufgestellt ist, ist hervorzuheben, daß die Zahl der wegen Verbrechen und Vergehen gegen Reichsgesetze verurteilten Personen von 1903 auf 1904 etwas gestiegen ist (um 451), die Zahl der jugendlichen Verurteilten ist gleichwohl zurückgegangen (um 153); die Minderung dieser Zahl hält schon seit 1901 an; in diesem Jahre betrug die Zahl 6893, sie fiel in den folgenden Jahren auf 6841, 6664, 6511. Auffällig ist, daß die Zahl der zur Strafe des Verweises verurteilten Angeklagten seit 1894 fast unausgesetzt steigt; (1904 1219 gegen 1180 im Jahre 1903 und 578 im Jahre 1894). Zum erstenmal enthält die Justizstatistik eine Uebersicht über die Anwendung der für den bedingten Strafaufschub (die bedingte Begnadigung) geltenden Vorschriften.

Verantwortl. Herausgeber: Th. von der Pfordten, K. Landgerichtsrat, verw. im Staatsministerium d. Justiz.

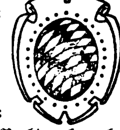
Eigentum von J. Schweitzer Verlag (Arthur Sellier) in München.
Druck von Dr. Franz Paul Datterer & Cie., G. m. b. H., Freising.

Nr. 3. München, den 1. Februar 1907. 3. Jahrg.

Zeitschrift für Rechtspflege in Bayern

Herausgegeben von
Th. von der Pfordten
K. Landgerichtsrat, verw. im K. Bayer. Staatsministerium der Justiz.

Verlag von
J. Schweitzer Verlag
(Arthur Sellier)
in München, Lenbachplatz 1.



Die Zeitschrift erscheint am 1. und 15. jeden Monats im Umfange von mindestens 2 Bogen. Preis vierteljährlich Mk. 3.—. Bestellungen übernimmt jede Buchhandlung und Postanstalt (Postzeitungsliste für Bayern Nr. 974a).

Redaktion und Expedition: München, Lenbachplatz 1. Insertionsgebühr 30 Pfg. für die halbgespaltene Petitzeile oder deren Raum. Bei Wiederholungen Rabatt. Stellenanzeigen 20 Pfg. Beilagen nach Uebereinkunft.

Ueber Tatbestand und Entscheidungsgründe.

Von **Ludwig Kunkel**, Rat am Obersten Landesgerichte.

Wie man nicht umsonst von einer Kunst der Gesetzgebung spricht, die allerdings mehr ist, als bloße Gesetzestechnik, so kann man in gewissem Sinne auch von einer Kunst der Rechtsprechung reden. Nach außen tritt diese in den gerichtlichen Entscheidungen zutage (Zitelmann, Die Kunst der Gesetzgebung 1904; Stein, Die Kunst der Rechtsprechung 1900). So wenig nun jemals ein absolut vollkommenes Gesetz wird geschaffen werden können, so wenig darf man die volle Verwirklichung des Ideals einer Rechtsprechung erhoffen. Auf dem einen wie auf dem anderen Gebiet ist aber nichtsdestoweniger dem Ideale fortwährend nachzustreben.

Würdigt man von diesen Gesichtspunkten aus den dermaligen Stand unserer Rechtsprechung in Zivilstreitsachen, soweit diese in den Entscheidungen sich offenbart, so wird man zugeben müssen, daß wir der Erreichung des Ideals keineswegs schon sehr nahe gerückt sind, sobald der formale Inhalt der richterlichen Entscheidungen einer näheren Prüfung unterstellt wird.

In erster Linie gilt diese Bemerkung für den Tatbestand. Nach § 313 Abs. 1 Nr. 3 ZPO. enthält das Urteil „eine gedrängte Darstellung des Sach- und Streitstandes auf Grundlage der mündlichen Verhandlung der Parteien unter Hervorhebung der gestellten Anträge (Tatbestand)". Es ist nun gewiß auffallend, daß man in den Urteilen — es ist dabei vorzugsweise an die im Anwaltsprozeß erlassenen gedacht — nur selten einer dem Wortlaut und dem Sinne der Vorschrift vollkommen entsprechenden Darstellung begegnet, trotz einer nahezu dreißigjährigen Geltung des Gesetzes und ungeachtet einer zahlreichen Kommentarien- und sonstigen Literatur und einzelner Urteile der Revisionsinstanzen, die den Inhalt der Vorschrift zu erläutern versuchten. Man könnte beinahe wünschen, daß die Worte „gedrängte" und „auf Grundlage der mündlichen Verhandlung" im Gesetzestexte in Sperrdruck gegeben wären; vielleicht hätten sie einen wirksameren Eindruck gemacht. Unser § 313 Nr. 3 enthält im wesentlichen die nämliche Vorschrift, die im Art. 285 Ziff. 2 der bayer. Prozeßordnung enthalten war, und diese war hinwieder dem Code de procédure civile Art. 141 nachgebildet, nach welchem das Urteil außer den Gründen enthalten sollte „l'exposition sommaire des points de fait et de droit". Mit Recht hat unsere Prozeßordnung den Grundsatz aufgenommen, daß die Herstellung des ganzen Urteils Sache des Richters ist. Aber die Hoffnungen, die man nebenbei an die Beseitigung des sogenannten Qualitätensystems der französischen (C. d. pr. c. Art. 142) und der bayerischen Prozeßordnung (Art. 285) geknüpft hatte, sind leider nicht in Erfüllung gegangen. Das Uebel des mechanischen Abschreibens der „motivierten Anträge" für die Darstellung des Sachverhalts (Tatbestand) ist offenbar nicht aus der Welt geschafft; es ist nur, und zwar fast in verstärktem Maße, von den Anwälten auf die Gerichte übertragen worden — allerdings ganz gegen den Willen des Gesetzgebers. Da nämlich die Anwälte — wenigstens im diesrheinischen Gebiete — die Sachverhaltsdarstellung meistens entweder selbst verfaßten oder durch ihre rechtskundigen Gehilfen abfassen ließen, war der Sachverhalt doch in der Regel das, was er eigentlich sein sollte (Wernz, Kommentar I 294), nämlich ein Auszug aus dem Inhalte der motivierten Anträge. Seit der Anwendung unserer geltenden Zivilprozeßordnung finden wir dagegen fast durchgehends nur eine fast wortgetreue Abschrift der vorbereitenden Schriftsätze — von der Klageschrift angefangen bis zum letzten Schriftsatze. Dabei wird keinerlei Rücksicht darauf genommen, ob der Inhalt dieser Schriftsätze für die Beurteilung des Vorbringens der Parteien bei der mündlichen Verhandlung, auf die das Urteil ergehen muß, überhaupt noch in Betracht kommt. Am Schlusse der Anführung des Inhalts der Schriftsätze wird dann nur angegeben, was von dem angeführten schriftlichen Vorbringen der Parteien durch das Vorbringen in der Verhandlung aufrechterhalten,

was fallen gelassen oder geändert wurde. Daß dabei sehr vieles mitläuft, was, weil durch die mündliche Verhandlung gegenstandslos geworden, für den Sach- und Streitstand völlig entbehrlich und wertlos ist, wird nicht beachtet.

Daß die Abfassung eines wohlgeordneten, der Absicht des Gesetzgebers entsprechenden Tatbestandes, namentlich bei größeren und verwickelten Streitsachen, besonders wenn sie sich durch mehrere Prozeßabschnitte oder in fortgesetzten Verhandlungen hinziehen, nicht so leicht ist, muß rückhaltlos anerkannt werden. Ein richtiger Tatbestand setzt in solchen Fällen eine gewisse Kunstfertigkeit seines Verfassers voraus, die nicht nur auf Veranlagung beruht, sondern in höherem Grade wohl nur durch Uebung und Erfahrung zu erwerben ist. Immerhin können auch in umfangreichen Streitsachen Mißgriffe vermieden werden, wenn nur der Richter stets des Zweckes der gesetzlichen Vorschrift sich bewußt bleibt. Denn „je leichter man sich aus dem Tatbestand über die Sachlage orientieren kann, desto besser; der Satz: superflua non nocent gilt hier nicht". (Meyer, Zeitschrift f. DZP. Bd. 14 S. 477). Es sei deshalb gestattet, auf einzelne der wahrgenommenen Mißstände die Aufmerksamkeit zu lenken, und einige Winke zu geben, die der Praxis dienlich sein können.

Vor allem ist zu beachten, daß im Tatbestand einzig und allein das Parteivorbringen angeführt werden darf, das Gegenstand einer mündlichen Verhandlung geworden ist (verb.: „auf Grundlage der mündlichen Verhandlung"). Dieses Erfordernis ist auch im § 417 der österr. ZPO. vom 1. August 1895 aufgestellt, wornach der Urteilstatbestand u. a. „eine gedrängte Darstellung des aus der mündlichen Streitverhandlung sich ergebenden Sachverhalts" enthalten muß. Der Sinn dieser Vorschrift ist der nämliche wie der des § 313 unseres Gesetzes; nur hat er im österreichischen Gesetze einen noch etwas schärferen Ausdruck gefunden. Wozu also soll es dienen, die in den vorbereitenden Schriftsätzen enthaltenen Parteibehauptungen, Beweisantretungen usw. anzuführen, die bei der mündlichen Verhandlung, auf die das Urteil ergeht, gar nicht geltend gemacht wurden, zu dieser Zeit aus irgendeinem Grunde für die Partei gegenstandslos geworden waren?

Handelt es sich um ein auf Grund der ersten oder einer folgenden Verhandlung erlassenes Zwischen- oder Teilurteil, so wird sich der Tatbestand auf die Angabe des Parteivorbringens zu beschränken haben, das zum Verständnis eines Urteils dieser Art erforderlich ist, nicht aber auf das gesamte Vorbringen zu erstrecken sein, da ja ungewiß ist, ob und in welchem Umfang es bei der weiteren Verhandlung aufrechterhalten, wiederholt wird. Wird, wie es häufig geschieht, das ganze Vorbringen angeführt und im Tatbestande des späteren Urteils einfach auf die frühere Darstellung verwiesen, so kann ein solches Verfahren leicht die Uebersichtlichkeit und Gemeinverständlichkeit beeinträchtigen.

Auch in Ansehung der Prozeßgeschichte sollten sich die Gerichte eine größere Beschränkung auferlegen. Wenn man auch die Prozeßgeschichte als zur vollständigen Darstellung des „Streitstandes" gehörend, also als einen notwendigen Bestandteil des Tatbestandes auffassen darf (was übrigens nicht einmal unbestritten ist), so ist doch allgemein anerkannt, daß darauf sich beziehende Angaben nur insoweit zulässig und angebracht sind, als es das Verständnis des Streitstandes unumgänglich erforderlich erscheinen läßt. Prozeßleitende Verfügungen des Vorsitzenden oder des beauftragten Richters und Beschlüsse des Gerichts, die für die Entscheidung der Sache ohne jeden Belang sind, höchstens noch für die Parteien ein historisches Interesse darbieten, sollten unerwähnt bleiben. Dasselbe darf von Beweisbeschlüssen gelten, die mit dem Willen der Parteien unerledigt blieben oder nach gesetzlicher Vorschrift unerledigt bleiben mußten (§§ 364, 329), ja selbst von Beweisaufnahmen, die infolge einer Aenderung des Parteivorbringens (Fallenlassens von Rechtsbehelfen, zulässiger Aenderung der Klage, überhaupt wegen Veränderung der Sachlage usw.) vor der für die Entscheidung maßgebenden Verhandlung gegenstandslos geworden sind. Bei der Anführung von Beweisbeschlüssen ist die wörtliche Wiederholung des Parteivorbringens, aber auch die Herübernahme der schablonenhaften Angabe in den Schriftsätzen „Beweis: Zeugen und Eid" zu vermeiden.

Völlig unzulässig ist es, Rechtsausführungen der Parteivertreter in den Tatbestand aufzunehmen, wie man es häufig sogar in Urteilen erster Instanz findet. Es bedarf nur der Angabe des rechtlichen Grundes des Anspruchs, der Einrede, des Gegenanspruchs, der Gegeneinrede.[1]) Handelt es sich um ein umfassenderes tatsächliches Vorbringen, namentlich in den sogenannten Punkte- oder Postensachen, dann wird man sich allerdings größtenteils mit einer Bezugnahme gemäß § 313 Abs. 2 behelfen dürfen. Aber der Kern der einzelnen streitigen Tatsachen ist dabei doch darzulegen.

Hinsichtlich der Darstellung der Beweisantretung sind nur wenige Bemerkungen veranlaßt. Es ist fehlerhaft, bei der Beweisführung durch Eideszuschiebung sich auf die Angabe zu beschränken, die Partei habe „über die Negative ihrer Behauptungen" der Gegenpartei den Eid zugeschoben, diese habe „über die Affirmative der gegnerischen Behauptungen" den

[1]) S. hierzu v. Streich bei Gruchots Beitr. Bd. 25 S. 242.

Eid zurückgeschoben — oder auf ähnliche allgemeine Angaben. Die nach Antrag der Parteien unter Eid zu stellenden einzelnen Tatsachen müssen bestimmt bezeichnet werden, da außerdem sich mit Sicherheit nicht entscheiden läßt, ob die Zuschiebung oder Zurückschiebung des Eides rechtlich zulässig war. Dagegen sollte die fast allgemein gebräuchliche Angabe. die Partei habe sich zur Leistung des richterlichen Eides über bestimmte Tatsachen erboten, gänzlich unterbleiben; sie ist durchaus unnötig, da in einer solchen Erklärung der Partei eine Beweisantretung nicht enthalten ist (§§ 451, 475).

Die Frage, ob es sich allgemein empfiehlt, im Tatbestand auch das wesentliche Ergebnis der Beweisaufnahme darzustellen, insbesondere auch die Aussagen der Zeugen und Sachverständigen, wie z. B. Meyer, Anleitung zur Prozeßpraxis (7. Aufl. S. 72) und Daubenspeck, Referat, Votum und Urteil (9. Aufl. S. 41, 185, 186) befürworten, dürfte eher zu verneinen, als zu bejahen sein. Man wird hinsichtlich der einzelnen Beweismittel unterscheiden müssen. Hat die Einnahme eines Augenscheins stattgefunden (gleichviel, ob infolge der Beweisantretung oder von Amts wegen §§ 144, 371), so ist allerdings das wesentliche Ergebnis vorzutragen, im übrigen auf das Protokoll zu verweisen. Die bestehende Uebung, das Ergebnis nur bei Gelegenheit der Beweiswürdigung in den Entscheidungsgründen anzuführen, dürfte dem Gesetze nicht entsprechen. Die Objektivität der Darstellung des Befundes kann durch die subjektive Anschauung bei der Beurteilung des Streitverhältnisses beeinflußt werden.

Beim Urkundenbeweise kommt es auf die Art und den Umfang der Urkunden an. Von Urkunden einfachen, kurzen Inhalts ist der ganze Wortlaut anzugeben. Von Urkunden größeren Umfangs wird in der Regel ein Auszug genügen, wenn es sich nicht etwa um einen Streit über den Sinn, den Inhalt des Beurkundeten nach seinem Zusammenhange handelt; in diesem Falle wird auch die Angabe des ganzen Wortlauts nicht zu umgehen sein. Jedenfalls genügt es, wenn Beweis durch Urkunden geführt ist, nicht, nur zu sagen: „auf die Urkunde — Aktenblatt Nr. oder Beilage zum Sitzungsprotokoll vom . . . . wird Bezug genommen"; es muß ersichtlich gemacht werden, daß der Inhalt der Urkunden vorgetragen worden ist.

Was den Beweis durch Zeugen und Sachverständige anlangt, so besteht bei den bayerischen Gerichten wohl ausnahmslos die Uebung, nur auf die Vernehmungsprotokolle und deren Beilagen (die schriftlich abgefaßten Gutachten) zu verweisen.

Dieses Verfahren ist auch sachgemäß. Jedenfalls würde nur dann, wenn es sich um die Aussage eines einzigen oder einiger weniger Zeugen über eine ganz einfache Tatsache, um eine kurze gutachtliche Aeußerung handelt, deren Angabe anstandslos geschehen können. Dagegen müßte selbst eine nur auszugsweise erfolgende Angabe der Aussage zahlreicher Zeugen über eine Reihe von Tatsachen, die Angabe des Inhalts umfassender Gutachten den Tatbestand geradezu zu einem unleidlichen Machwerk gestalten; in diesem Teile wäre er nur eine neue aber nicht verbesserte Auflage des Rotuls im alten schriftlichen Prozeß (Meyer a. a. O. hat auch nur einen ganz einfachen Beispielsfall gewählt und Daubenspeck sieht sich gleichfalls zu erheblicher Einschränkung seiner zu allgemein hingestellten These genötigt, a. a. O. S. 185 Anm. 3). Zwar ist es mit der bloßen Verweisung auf die Vernehmungsprotokolle auch nicht getan, es muß ausdrücklich angegeben werden, daß der Inhalt der Zeugenaussagen, der schriftlichen Gutachten von den Parteien vorgetragen worden ist. Diese Angabe wird häufig unterlassen. Der Tatbestand des Urteils erster Instanz muß aber in allen Fällen ein vollständiger sein — nicht bloß im kontradiktorischen, sondern auch im Versäumnisverfahren. Auch das gegen die beklagte Partei erlassene Versäumnisurteil muß also das wesentliche des den Anspruch begründenden Klagevorbringens enthalten — ohne Rücksicht darauf, ob die Einlegung eines Einspruchs wahrscheinlich ist oder nicht. Die bei vielen Gerichten bestehende Uebung, nur ganz allgemein den Anspruch zu bezeichnen, den Klageantrag, die Zustellung der Klage, die Ladung und das Nichterscheinen der Partei anzugeben — was namentlich in den Fällen zu erwartenden Einspruchs geschieht — wird der gesetzlichen Vorschrift nicht gerecht.

Der Tatbestand des Urteils in der Berufungsinstanz darf sich nicht auf die einfache Bezugnahme auf den des erstinstanziellen Urteils beschränken. Eine Bezugnahme ist vom Gesetze nur „nicht ausgeschlossen". Es ist zwar selbstverständlich die Wiederholung des gesamten Parteivorbringens zu unterlassen; aber das wesentliche des Streitverhältnisses, soweit es für die Berufungsinstanz überhaupt noch in Betracht zu kommen hat, ist anzugeben. Enthält das neue Vorbringen eine Aenderung der Klage, so muß die Antwort der Gegenpartei jedenfalls insoweit angeführt werden, als es zur Prüfung, ob die Aenderung zulässig, erforderlich erscheint (§ 217, 269).

Das Hauptübel aber, an dem sehr häufig der Tatbestand der Urteile der Berufungsinstanz insbesondere der oberlandesgerichtlichen krankt, besteht in der fast stenographisch getreuen Wiedergabe der sämtlichen Rechtsausführungen der Parteivertreter. Nun müssen zwar auch die Rechtsbehelfe, auf Grund deren die Parteien eine Aenderung des erstrichterlichen Urteils begehren, angeführt werden, keineswegs aber die juristischen Erörterungen, die zur Rechtfertigung des Begehrens dienen sollen. Werden doch häufig sogar die Autoren und Präjudizien, die von den Anwälten angeführt wurden, in gewissenhafter Vollständigkeit

angegeben. Die Folge ist, daß diese rechtlichen Ausführungen zweimal erscheinen, da die Parteien die Antwort auf ihre Angriffe gegen das Urteil und deren Rechtfertigung in den Entscheidungsgründen durch eine sie als begründet anerkennende oder als unbegründet zurückweisende Würdigung erhalten müssen.

Wie schon aus den bisherigen Bemerkungen erhellt, besteht zwischen Tatbestand und Entscheidungsgründen — trotz ihrer äußerlich formalen Sonderung — ein notwendiger innerer Zusammenhang. Die Bemerkungen über den Tatbestand fordern deshalb geradezu dazu heraus, auch einiges über den Inhalt und über die Abfassung der Entscheidungsgründe zu äußern. Vor allem dürfen diese nichts von dem enthalten, was zum Tatbestand gehört. Nun findet man aber häufig Redewendungen, wie: da in der Schlußverhandlung der Kläger (Berufungskläger) zugegeben hat, daß usw.; — da der Beklagte (Berufungsbeklagte) anerkannt hat, daß usw., — Kläger (Widerkläger) den Anspruch insoweit fallen ließ, als — der Beklagte (Widerbeklagte) auf dem Einwande, daß usw. nicht weiter bestand — u. dgl. Bei diesen gelegentlichen Bemerkungen in den Gründen wird vielfach übersehen, daß es sich um Geständnisse, Anerkenntnisse, Verzichtserklärungen handelt, die in den Tatbestand gehören. Der Grund dieses Verfahrens mag in dem Mangel der erforderlichen Unterscheidung zwischen Tatbestand einerseits und tatsächlicher Feststellung anderseits gelegen sein. Zwischen diesen beiden besteht aber doch ein begrifflicher Unterschied (s. darüber auch angef. Zeitschrift Bd. 17 S. 66, 68 ff.).

Es müssen zwar in den höheren Instanzen auch Teile des Tatbestandes, die sich in die Entscheidungsgründe verirrt haben, nach einer — allerdings nicht unangefochten gebliebenen Rechtsprechung des Reichsgerichts — als solche berücksichtigt werden, ihre Nichtbeachtung wäre Revisionsgrund. Bedenklich bleiben sie aber unter allen Umständen, da sie leicht übersehen werden und dadurch das Berichtigungsrecht der Parteien (§ 320) gefährdet werden kann. Auch Revisionsangriffe werden daraus hergeleitet, weil sie eben irrigerweise als ungenügende tatsächliche Feststellungen aufgefaßt werden (§ 551 Nr. 7). Dagegen gehört z. B. die Angabe, daß eine bestimmte Tatsache bei Gericht offenkundig ist (§ 291), in die Gründe, nicht in den Tatbestand; denn hier handelt es sich um eine tatsächliche Feststellung.

Die Entscheidungsgründe sollten in bündiger Kürze die tatsächliche und rechtliche Begründung des richterlichen Ausspruchs enthalten. Dies hatte der Art. 275 der bayer. PO. ausdrücklich vorgeschrieben. Die geltende Zivilprozeßordnung enthält zwar eine solche formell bindende Vorschrift nicht, aber sie meint gewiß nichts anderes. Beweis dessen der § 18 der Geschäftsordnung des Reichsgerichts, lautend: „Die Entscheidungsgründe sind in bündiger Kürze, unter strenger Beschränkung auf den Gegenstand der Entscheidung abzufassen.“

Da diese Bestimmung der Natur der Sache entspricht und sich an das früher geltende Recht anschließt, sollte sie den Gerichten aller Instanzen zur Richtschnur dienen. In den Gründen soll zwar alles gesagt sein, was zu sagen für die Entscheidung der Sache notwendig ist, aber auch nicht mehr. „Qui trop embrasse mal étreint“ lautet ein sehr richtiges Sprichwort der Franzosen. Alles unnötige Beiwerk ist um so mehr zu vermeiden, als es unter Umständen für das Schicksal der Entscheidung verhängnisvoll werden kann. Die Einmischung von unzutreffenden rechtlichen Ausführungen neben an sich genügenden zutreffenden veranlaßt die Parteien häufig zur Einlegung von erfolglosen Rechtsmitteln. In dem an sich ja gewiß anerkennenswerten Streben nach größtmöglicher Gründlichkeit verfallen viele Urteilsverfasser in den Fehler, alles zu sagen, was ihnen jemals über die behandelten Rechtsfragen aus der Literatur und Rechtsprechung bekannt geworden ist. Da nimmt dann freilich auch mit den von Jahr zu Jahr sich mehrenden Erzeugnissen der Rechtslehre und dem Anschwellen der Spruchsammlungen die Zahl der Zitate in ganz unheimlicher Weise zu. Muß denn jeder Ausspruch eines rechtlichen Grundsatzes, auch wenn er in der Theorie und in der Praxis längst unbestritten feststeht, sozusagen zum Gemeinplatz geworden ist, stets von neuem mit einem Ballast von Zitaten bepackt werden? Es könnte wohl genügen, die jüngsten Zeugnisse der Rechtslehre, die zuletzt erschienenen Präjudizien anzuführen und auf die dort angeführten Belegstellen aus älterer Zeit zu verweisen. Die unnötige Breite in den rechtlichen Ausführungen zeigt die Kehrseite der Medaille — unserer Nationaltugend; unsere anerkannte Gründlichkeit wird da eben zum Fehler, zur Weitschweifigkeit, zur Schwerfälligkeit. Infolge des Bestrebens, wenn möglich alles zu sagen, was man weiß, nehmen die Urteile vielfach fast die Form von Abhandlungen an. Den Parteien ist damit nicht gedient. Ein anderes ist die juristische Erörterung bei der Beratung, ein anderes die Niederlegung ihres wesentlichen Ergebnisses im Urteil. Man darf hier einen schon früher von Kohler [1]) angedeuteten Gedanken ausführen: Für die Parteien hat es weit höheren Wert, ein richtiges Urteil, wenn auch mit ungenügender Begründung, zu erlangen, als ein unrichtiges mit möglichst breiter, vielleicht nur scheinbar wissenschaftlicher Begründung. Gar manchmal muß man, namentlich wenn

[1]) Shakespeare vor dem Forum der Jurisprudenz S. 88, im Anschluß an die Erörterung über die Anwendbarkeit ungeschriebener Rechtssätze bei unentwickeltem Zustande des geschriebenen Rechtes.



es sich um ganz unnötige Abschweifungen auf nicht unbedingt zur Streitsache gehörige rechtliche Gesichtspunkte handelt, geradezu annehmen, daß die Urteile nicht sowohl für die Parteien, als vielmehr zum Fenster hinausgesprochen, d. h. mehr in usum zwar nicht Delphini, aber doch superiorum verfaßt sind. Wir deutschen Juristen sind gar zu leicht geneigt, den Urteilen ausländischer Gerichte, insbesondere der romanischen Nationen, Mangel an Gründlichkeit, ja Oberflächlichkeit vorzuwerfen. Wir könnten aber doch auch etwas von ihnen lernen; Kürze, insbesondere bündige Kürze ist nicht gleichbedeutend mit Oberflächlichkeit. Oft ist man ja versucht, mit dem Dichter zu sagen: weniger wäre mehr. Wohl kann es auch vorkommen, daß ein Urteilsverfasser nur deshalb in die geschilderten Fehler verfällt, weil er befürchtet, eine bündige Kürze seiner Arbeit werde ihm als Mangel an Kenntnissen oder Fleiß von den Vorgesetzten gebeutet werden. Dies würde bei diesen einen Mangel an Verständnis für die Sache voraussetzen und ihre Unfähigkeit bekunden, den Richter nach seiner ganzen Persönlichkeit und Leistungsfähigkeit richtig einzuschätzen. Mag sein, daß es auch solche Vorgesetzte gibt, die Regel werden sie aber doch wohl nicht, sondern nur die Ausnahme bilden.

Daß bei einer Abfassung von Tatbestand und Entscheidungsgründen in der oben dargelegten Art und Weise das „Schreibwerk“ nicht unerheblich vermehrt, ein größerer Aufwand für „Personal und Material“ erforderlich wird, worüber ja wiederholt Klagen erhoben wurden, ist einleuchtend.

Auch über die Sprache in unseren gerichtlichen Entscheidungen ließe sich noch manches sagen, soviel auch schon über das „schlimme Juristendeutsch“ und über den „papierenen Stil“ geschrieben und gespottet wurde. Diese Sprache braucht allerdings nicht so beschaffen zu sein, daß sie als Musterleistung für deutsche Stilübungen dienen kann. Diese Arbeit können die Gerichte getrost der Sprachwissenschaft und der schönwissenschaftlichen Literatur überlassen. Hauptsache ist, daß der Richter sich streng an den Ausdruck des Gesetzes hält, nicht gegen anerkannte Regeln der Grammatik, nicht gegen das allgemeine Stilgefühl verstößt, auch Provinzialismen und Dialektwendungen vermeidet. Wie auch die oben erwähnte Geschäftsordnung des Reichsgerichts ganz richtig empfiehlt, ist namentlich der Gebrauch von Fremdwörtern und von nicht allgemein üblichen Ausdrücken tunlichst zu vermeiden. Kein veralteter Urgroßvaterstil, aber auch kein Jagen nach eigenartigen Neubildungen, das so sehr den Modernen und Modernsten eignet. Im übrigen wird auch in diesem Teile seiner Aufgabe die Individualität des Richters wie die eines jeden anderen Arbeiters auf geistigem Gebiet sich frei entfalten dürfen. Es gibt sehr verschiedene Arten von Stil, die aber trotz der Verschiedenheit des Ausdruckes gleich gut und berechtigt sein können. Eine Uniformität des Stiles in den gerichtlichen Entscheidungen, die über den Rahmen der oben aufgestellten Erfordernisse hinausgeht, wäre nicht zu begrüßen. Von den meisten der krassen Versündigungen gegen Grammatik und Stilgefühl, von denen Daubenspeck (a. a. O. S. 216 ff.) eine wahre Mustersammlung bietet, haben sich übrigens die Urteile der bayerischen Gerichte bisher glücklicherweise freigehalten. Dagegen macht sich bei uns das unschöne und unrichtige „beklagtische“ in sehr aufdringlicher Weise breit; liest man doch sogar von „berufungsbeklagtischen Grundstücken“. Auch höhere Instanzen verschmähen ferner immer noch nicht die „Stattgebung des Antrags“, den Gebrauch von unschönen oder doch im Hochdeutschen ungebräuchlichen Wörtern, wie „Erstgericht“, „Zweitgericht“ u. dergl.; ja selbst der gräßliche „Versteiglasser“ spukte noch vor kurzem in den Entscheidungen linksrheinischer Gerichte. Das fast in jeder seiner Silben fehlerhafte Wort [1]) wird auch dadurch nicht annehmbar, daß es sich hier und da auch in die Entscheidung einer Revisionsinstanz eingeschlichen hat. Aber alle diese unliebsamen Erscheinungen: die große Weitschweifigkeit in den Entscheidungsgründen, deren Hypertrophie an Zitaten, die mitunter fehlerhafte Sprache — sind nur von nebensächlicher Bedeutung im Verhältnisse zu der Art und Weise der Behandlung des Tatbestandes. Sollte der Grund des Uebels etwa doch im Gesetze selbst und nicht bloß in seiner häufig falschen Anwendung liegen? Jedenfalls werden, wenn es einmal zu einer ganzen Revision der ZPO. kommt, die gesetzgebenden Faktoren ernstlich die Frage zu prüfen haben, wie der mißbräuchlichen Handhabung der einschlägigen Vorschriften vorzubeugen, ob überhaupt an dem Erfordernis eines formell gesonderten Tatbestandes festzuhalten ist. Es ist ja bekannt, daß die bestehenden Vorschriften schon seit langem die Kritik beschäftigen (s. u. a. Bähr, Jahrb. f. Dogmatik Bd. 23 S. 417 ff. und Kronecker, DJZ. 1897 S. 174 bis 177 — dagegen Wach, Vorträge über den deutschen Zivilprozeß 2. Aufl. S. 41 ff. und 49 ff. und Francke, anges. Zeitschr. Bd. 9 S. 56).

Der Verfasser hat schon im Jahre 1887 den Urteilstatbestand in allen nur einigermaßen größeren Streitsachen als das „Schmerzenskind“ in unserer Zivilrechtspflege bezeichnen zu sollen gemeint. Er hat dabei auch die Meinung geäußert, daß es vielleicht zweckmäßiger gewesen wäre, wenn sich das Gesetz auf die Anordnung beschränkt hätte, daß das Urteil in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht ausreichend begründet werden muß. Wach hat dem widersprochen (Die zivilprozessualische Enquete, Zeitschr. f. d. ZPr.

[1]) Man findet es auch jetzt noch sehr häufig in den freiwillige Versteigerungen betreffenden Urkunden rheinländischer Notare.

Bd. 11 Ergänzungsheft S. 156, Anm. 205). Er sprach die Befürchtung aus, daß bei einer solchen Normierung, beim Wegfallen eines formellen gesonderten Tatbestandes die Objektivität des Richters in der Auffassung und Darstellung des Tatsächlichen durch seine Ansicht über die rechtliche Seite des Streitfalles ungünstig beeinflußt werden könne. Aber der Vorwurf eines solchen unzulässigen „Subjektivismus" des Richters in der Behandlung des Tatsächlichen ist doch auch unter der Herrschaft des alten schriftlichen Prozesses, dem der formelle Tatbestand unbekannt war, nicht erhoben worden.

Es sind denn auch schon de lege ferenda Aenderungsvorschläge gemacht worden; ob sie die zutage getretenen Mißstände beseitigen würden, ist allerdings sehr fraglich. (Dies gilt namentlich von dem von K. Schneider — angef. Zeitschr. Bd. 24 S. 287 ff. — gemachten, der eine Verhandlung mit den Parteien und eine Art ausdrücklicher oder stillschweigender Vereinbarung zwischen Gericht und Parteien über den Inhalt des Tatbestandes befürwortet, die der Verkündung oder doch der Abfassung des Urteils vorauszugehen hätten).

Schließlich ist auf die ohne Zweifel auffallende Tatsache hinzuweisen, daß in Oesterreich, wie dem Verfasser von dortiger berufener Seite mitgeteilt wurde, die hier erörterten Mißstände in Ansehung des Tatbestandes überhaupt nicht oder doch nur in unbedeutendem Maße hervorgetreten sind.

Der Grund scheint darin zu liegen, daß dort die vorbereitenden Schriftsätze, obwohl sie für den Anwaltsprozeß auch vorgeschrieben sind (Österr. ZPO. § 176), die hervorragende Rolle wie in unserer Praxis und nach unseren Gesetzen nicht spielen, wie denn auch die Zulässigkeit einer Bezugnahme auf Schriftsätze bei der Darstellung des Sachverhalts im Gesetze nicht vorgesehen ist. Die Urteile können deshalb dort regelmäßig auch einen geringeren Raum einnehmen, als die unsrigen.

Das Pfandleihgewerbe in Bayern.

Von **Dr. Johannes Merkel**, Ratsassessor in Nürnberg.

(Schluß).

Welche Personen als „jugendliche" im Sinne des § 3 Ziff. 1 zu erachten sind, hat die MBek. nicht näher bestimmt. Als gleichbedeutend mit „minderjährig" wird dieser Begriff schon deswegen nicht erachtet werden können, weil die gleichfalls auf § 38 Abs. I der GewO. beruhende MBek. vom 29. Mai 1901 über den Geschäftsbetrieb der Gesindevermieter in § 7 Abs. II ausdrücklich von „minderjährigen" weiblichen Personen spricht, und es nicht abzusehen wäre, warum der Begriff der Minderjährigkeit eine andere Bezeichnung hätte finden sollen. Da die MBek. vom 5. Nov. 1906 auf der Gewerbeordnung beruht, dürfte diese vielmehr für die Auslegung des Begriffs „jugendliche Personen" herangezogen werden müssen. Die §§ 135 ff. der GewO. sprechen von „jugendlichen Arbeitern", „jungen Leuten" und bezeichnen damit Personen zwischen 14 und 16 Jahren (§ 135 Abs. III). Da überdies in der arbeitenden Bevölkerung die Erreichung des 16. Lebensjahres den Eintritt der wirtschaftlichen Selbständigkeit bedeutet,[1]) werden auch im Sinne unserer MBek. junge Leute bis zu 16 Jahren als „jugendliche Personen" anzusehen sein. Bezüglich der mit solchen verbotswidrig abgeschlossenen Pfandleihgeschäfte gilt das oben Ausgeführte; sie sind nichtig. Mit minderjährigen Personen über 16 Jahren abgeschlossene Pfandverträge werden als solche dagegen Gültigkeit zu beanspruchen haben, soweit die Bestimmungen über die beschränkte Geschäftsfähigkeit (§§ 106 bis 116 BGB.) nicht entgegenstehen.

Schließlich ist noch zu bemerken, daß das Verbot der Pfandbenützung ohne Zustimmung des Verpfänders (§ 3 Ziff. 3), abgesehen von der allenfalls aus den §§ 823 ff. BGB. sich ergebenden bürgerlich-rechtlichen Haftung des Pfandleihers nur als Ordnungsvorschrift für ihn erscheint, welche allerdings, wie die Uebertretung der anderen Verbote, die „Unzuverlässigkeit" des Pfandleihers im Sinne des § 53 Abs. II der GewO. dartun und daher zur Entziehung der erteilten polizeilichen Genehmigung des Geschäftsbetriebes führen kann.[2])

Die Pfandrechtsbestellung vollzieht sich — mangels anderweitiger Bestimmung der MBek. — in Gemäßheit des § 1205 Abs. I BGB. durch Uebergabe der Pfandsache und Einigung über Pfandrechtsentstehung; die Verpfändung einer nur im mittelbaren Besitze oder Mitbesitze des Ver-

---

[1]) Bekanntlich soll auch für das Unterstützungswohnsitzgesetz, welches allerdings nach Ziff. III § 1 der Versailler Verträge vom 23. Nov. 1870 in Bayern keine Gültigkeit hat, die Altersgrenze zur Erwerbung eines eigenen Unterstützungswohnsitzes von 18 auf 16 Jahre herabgesetzt werden.

[2]) Die durch § 3 Ziff. 3 der MBek. untersagte „Benützung des Pfandes" ist gleichbedeutend mit „Ingebrauchnahme", also wesentlich verschieden von der Pfandnutzung der §§ 1213 und 1214 BGB.; es gilt daher auch für die gewerbsmäßigen Pfandleiher die gesetzliche Vermutung für die Gestattung des Fruchtbezuges bei Verpfändung von ihrer Natur nach fruchttragenden Sachen. Die Inpfandnahme solcher fruchttragender Sachen (z. B. eierlegende Hennen, Milchkühe) ist auch für den gewerbsmäßigen Pfandleiher zulässig, wird bei ihm aber wohl kaum vorkommen; eine Verpflichtung zur Belehnung solcher Sachen besteht für den Pfandleiher natürlich nicht. (Ueber „Nutzpfand" und „Pfandbenützung" vgl. Dernburg, Das bürgerliche Recht 2. Aufl. Bd. III § 269 Ziff. 3 und 4 S. 753).

pfänders befindlichen Sache ist nach § 1205 Abs. II, § 1206 BGB. zwar rechtlich zulässig,[1]) wird aber wohl tatsächlich kaum vorkommen. Hinsichtlich des weiteren Inhalts des Pfandvertrages enthält die MBek. einige weitergehende Bestimmungen als das BGB. Während letzteres hinsichtlich des Zeitpunktes der Fälligkeit der Pfandforderung und ihrer Verzinsung keine Vorschriften enthält, ist nach § 6 Abs. II der MBek. die Pfandforderung vor Ablauf von sechs Monaten nach Hingabe des Darlehens nicht fällig[2]) und darf der Leihzins 1 % für den Monat oder 12 % für das Jahr nicht übersteigen (§ 2 Abs. 1 der MBek.); bei der Zinsberechnung können aber angefangene Monate für voll berechnet und Pfennigbruchteile auf volle Pfennige abgerundet werden, wogegen jedoch keinerlei weitere Gebühren irgendwelcher Art erhoben werden können[3]) (§ 2 Abs. II und III der MBek.). Ueber die Bestimmungen des BGB. geht auch die Vorschrift hinaus, daß über das abgeschlossene Pfandgeschäft eine von dem Pfandleiher zu unterzeichnende Bescheinigung (Pfandschein) zu erteilen ist, welche mit dem Eintrag im Pfandbuch übereinstimmen und überdies die wesentlichsten Bestimmungen der MBek. wörtlich enthalten muß (§ 16 Abs. 1 und II der MBek.).

Nach dem Erlöschen des Pfandrechts[4]) ist der gewerbsmäßige Pfandleiher zur Rückgabe des Pfandes verpflichtet (§ 1223 Abs. 1 BGB.); während aber der Verpfänder gemäß § 1223 Abs. II BGB. die Pfandrückgabe erst nach Fälligkeit, d. h. bei Eintritt des im Pfandvertrage vereinbarten Fälligkeitstermins verlangen kann, muß der gewerbsmäßige Pfandleiher gegen Darlehenserstattung samt Zinsen auch vor dem vereinbarten Fälligkeitstermin das Pfand jederzeit zurückgeben (§ 6 Abs. I MBek.), wobei Zinsen nur bis zur Pfandeinlösung berechnet werden dürfen (§ 6 Abs. III daselbst); der Pfandleiher ist jedoch berechtigt, in jedem Falle die Zinsen für zwei Monate im Mindestbetrage von 10 Pfg. zu fordern (§ 2 Abs. I Satz 2 daselbst).

Bei Nichteinlösung des Pfandes befriedigt sich der Pfandleiher durch Pfandverkauf (§ 1228 Abs. I BGB.), der jedoch erst nach Ablauf eines Monats nach dem Verfalle des Pfandes zulässig ist und in der Gemeinde des Geschäftssitzes des Pfandleihers erfolgen muß (§ 7 Abs. II MBek.); der — in § 1234 BGB. angeordneten — vorherigen Androhung des Pfandverkaufes bedarf es dabei nicht. Sind für eine Forderung in Gemäßheit des § 1222 BGB. mehrere Gegenstände verpfändet, so findet § 1230 BGB. Anwendung (der Pfandleiher hat die Auswahl der zu verkaufenden Pfänder, der Verkauf darf sich jedoch nicht auf mehr Pfänder erstrecken, als zur Befriedigung des Pfandleihers erforderlich ist).[1]) Der Pfandverkauf erfolgt durch öffentliche Versteigerung (§ 7 Abs. 1 MBek., § 1235 Abs. I, § 383 Abs. III BGB.), bei Pfändern mit Markt- oder Börsenpreis ist freihändiger Verkauf durch einen öffentlichen Handelsmäkler oder eine zur öffentlichen Versteigerung befugte Person zum laufenden Preise zulässig (§ 9 MBek., § 1235 Abs. II, § 1221 BGB.). Im Falle der öffentlichen Versteigerung ist Ort und Zeit mindestens vierzehn Tage und höchstens vier Wochen vorher unter Bekanntgabe des Namens des Pfandleihers, der Gattung des Pfandgegenstandes und der Nummer des Pfandbucheintrags im amtlichen Verkündigungsblatte zu veröffentlichen; § 1237 Satz 1 BGB. ist daher für gewerbsmäßige Pfandleiher wesentlich erweitert, während eine Mitteilung des Ortes und der Zeit der Versteigerung an den Pfandeigentümer (vgl. § 1237 Satz 2 BGB.) nicht erforderlich ist (§ 8 MBek.). Für Gold- und Silbersachen hat § 10 der MBek. die Vorschrift des § 1240 BGB. wörtlich übernommen.

Die vor eingetretener Verkaufsberechtigung getroffene Vereinbarung des Eigentumsüberganges auf den Pfandleiher im Falle der Nichteinlösung des Pfandes ist nichtig (§ 11 Abs. III MBek., § 1229 BGB.); nach Eintritt der Verkaufsberechtigung[2]) ist eine solche Vereinbarung zulässig (vgl. Planck, BGB. Anm. 1a zu § 1229 Bd. III S. 680).

Der rechtmäßige Pfandverkauf hat die im § 1242 BGB. bestimmten Wirkungen, hinsichtlich des unrechtmäßigen Pfandverkaufs geben die §§ 1243[3]) und 1244 BGB. Maß.

Nach § 1245 BGB. sind Vereinbarungen über einen anderweitigen Verkauf als den vorgeschriebenen zulässig; da die MBek. solche Vereinbarungen nicht ausschließt, gilt dies auch zufolge der allgemeinen Ermächtigung in § 23 Abs. IV MBek. für die gewerbsmäßigen Pfandleiher.

Der Pfandverkauf erfolgt nur gegen Bar-

[1]) Die dem Pfandleiher nach § 4 der MBek. obliegende Pfandaufbewahrungspflicht kann dem ebensowenig entgegenstehen, wie die Aufbewahrungspflicht des § 1215 BGB.

[2]) Eine dem zuwiderlaufende Vereinbarung ist rechtsunwirksam (§ 134 BGB.).

[3]) Damit ist auch die Vereinbarung von Vertragsstrafen (vgl. § 1210 Abs. I BGB.) ausgeschlossen.

[4]) Das Pfandrecht erlischt mit der Forderung, für die es bestellt ist, und mit der Rückgabe des Pfandes; entgegenstehender Vorbehalt ist unwirksam (§ 1252, 1253 Abs. I BGB.).

[1]) Hinsichtlich der nichtverkauften Pfänder erlischt das Pfandrecht (Planck, BGB. Anm. 2 zu § 1230 Bd. III S. 680).

[2]) Da der Verkauf durch öffentliche Versteigerung geschieht, die Versteigerung aber erst einen Monat nach Pfandverfall stattfinden darf (§ 7 Abs. I u. II MBek.), tritt auch die Verkaufsberechtigung im obigen Sinne erst mit Ablauf eines Monats nach Pfandverfall ein.

[3]) Hierbei ist jedoch an Stelle des § 1237 Satz 1 BGB. die strengere Vorschrift des § 8 MBek zu beachten.

zahlung nach Maßgabe des § 1238 BGB.; die aus einem Verstoß gegen diese Bestimmung sich ergebenden Rechtsnachteile hat der Pfandleiher allein zu vertreten. Von dem erfolgten Pfandverkauf hat der Pfandleiher den Verpfänder zu verständigen (§ 1241 BGB.), den Mehrerlös[1]) an den Verpfänder auszuzahlen, oder, soferne er nach vierzehn Tagen[2]) nicht abgehoben ist, bei dem zuständigen Amtsgericht zu hinterlegen (§ 11 Abs. I MBek.). Wird der Mehrerlös dort nicht innerhalb Jahresfrist abgehoben, so verfällt er zugunsten der Armenkasse des Ortes, an welchem der Geschäftsbetrieb des Pfandleihers stattfindet (§ 11 Abs. II MBek.).

Gläubiger, Eigentümer und Schuldner dürfen bei der Pfandversteigerung nach Maßgabe des § 1239 BGB. mitbieten, nicht dagegen der versteigernde Beamte und seine Gehilfen (§§ 456, 457 BGB.).

Der Versteigerung von Gold- und Silbersachen muß deren Abschätzung durch einen Sachverständigen vorhergehen (Planck, BGB. Anm. zu § 1240 Bd. III S. 691; Dernburg a. a. O. § 271 Ziff. 7 Abs. IV S. 759), da diese nicht unter dem Gold- oder Silberwerte zugeschlagen werden dürfen (§ 10 Abs. I MBek., § 1240 Abs. I BGB.). Mangels genügenden Angebots kann freihändiger Verkauf durch eine zu öffentlicher Versteigerung befugte Person erfolgen (§ 10 Abs. II MBek., § 1240 Abs. II BGB.).

Findet nach Fälligkeit der Pfandforderung eine Verlängerung des Pfandvertrages statt, so hat der Pfandleiher einen neuen Pfandschein zu erteilen und neuen Eintrag im Pfandbuch zu bewirken (§ 17 MBek.); da hierbei jedoch eine neue Darlehenshingabe nicht erfolgt, braucht hinsichtlich der Fälligkeit der Pfandforderung eine neue sechsmonatige Frist (§ 6 Abs. II MBek.) nicht eingehalten zu werden. Alle sonstigen Bestimmungen der MBek. hinsichtlich der Pfandbestellung, der Verzinsung und des Pfandverkaufs treffen natürlich auch bei der Pfandverlängerung zu.

Auf Grund des allgemeinen Vorbehalts in § 23 Abs. IV MBek. finden auf den gewerbsmäßigen Pfandvertrag auch Anwendung die Bestimmungen des BGB. über

die Verpfändung durch einen Nichtberechtigten (§ 1207),
den Rang des Pfandrechts (§§ 1208, 1209),
den Umfang der Haftung des Pfandes (§§ 1210, 1211, 1212),
das Nutzungspfand (§ 1213),
die Verwendungen des Pfandleihers auf das Pfand (§ 1216),
die Verletzung der Rechte des Verpfänders (§ 1217 Abs. I und II Satz 1),[1])
den Pfandverderb oder Wertsminderung[2]) (§§ 1218 bis 1222),
die Befriedigung des Pfandleihers (§ 1224),
den Forderungsübergang vom Verpfänder auf den Pfandeigentümer (§ 1225),
die Verjährung (§ 1226),
den Schutz des Pfandrechts (§ 1227),
den Anspruch auf Pfandrückgabe im Falle des § 1254 BGB.,
die Aufhebung des Pfandrechts durch Rechtsgeschäfte (§ 1255),
die Vereinigung des Pfandrechts mit dem Eigentum (§ 1256),
das Pfandrecht an dem Anteil eines Miteigentümers (§ 1258).

Dies die Bestimmungen, denen die Pfandleihgeschäfte unterworfen sind; gemäß § 34 Abs. II der GewO. (§ 22 MBek.) finden sie auch auf die Rückkaufsgeschäfte Anwendung, d. h. diejenigen Geschäfte, bei welchen den Verkäufern innerhalb bestimmter Frist das Recht des Rückkaufs zum Verkaufspreis eingeräumt ist.

Wie bereits erwähnt, sind die vorstehend erörterten Bestimmungen mit dem 1. Januar 1907 in Kraft getreten und zwar derart, daß sie nur auf die seit diesem Zeitpunkt abgeschlossenen Pfandleihverträge (Rückkaufsgeschäfte) Anwendung finden.

Uebertretungen dieser Bestimmungen unterliegen der strafrechtlichen Ahndung nach § 148 Ziff. 4 a GewO. und § 360 Nr. 12 StGB., soferne nicht anderweite schärfere Strafbestimmungen (Wucher, Hehlerei u. dgl.) verletzt sind.

---

[1]) Er berechnet sich aus dem erzielten Verkaufspreis nach Abzug des gegebenen Pfanddarlehens, der erwachsenen Zinsen (§ 2 MBek.) und der durch den Pfandverkauf erwachsenen Kosten. Für Aufwendungen, welche der Pfandleiher auf das Pfand machte, haftet dieses nicht (vgl die Ausführungen zum preußischen Gesetze vom 17. März 1881 über die gewerbsmäßige Pfandleihe, welchem die MBek. vom 5. November 1906 im wesentlichen nachgebildet ist, bei Dernburg a. a. O. § 278 Ziff. II 3 Abs. II S. 773).

[2]) Diese Frist berechnet sich unter Zugrundelegung der §§ 187, 188 Abs. I BGB. von der erfolgten Benachrichtigung des Verpfänders über den vollzogenen Verkauf an.

[1]) § 1217 Abs. II Satz 2 findet keine Anwendung, da der Natur der Sache nach unverzinsliche Darlehen bei gewerbsmäßigen Pfandleihern ausgeschlossen sind.

[2]) Auf die in diesem Falle zulässige Pfandversteigerung finden lediglich die angeführten §§ des BGB. Anwendung; die Bestimmungen der MBek. (§§ 7 bis 10) dagegen regeln nur den nach dem Pfandverfall eintretenden ordentlichen Pfandverkauf. Im letzteren Falle dient der erzielte Erlös zur Befriedigung des Pfandleihers und Abführung des Mehrerlöses (§ 11 MBek.), in ersterem Falle tritt der Erlös an Stelle des hinterlegt gewesenen Pfandes (§ 1219 Abs. II BGB).

Mitteilungen aus der Praxis.

Einiges über die Entwicklung des Verkehrs vor dem Grundbuchamte.[1]) Wohl in allen Teilen Bayerns, in welchen das Grundbuch am 1. Mai 1905 für angelegt erklärt worden ist, sind Schwierigkeiten aus der Einführung des BGB. selbst, soweit die Gerichte in Betracht kommen, mit wenigen Ausnahmen nicht entstanden. Eine Ausnahme machte vor allem die Behandlung der alten bayerischen Unterkautionen. Hierüber ist genügend gestritten worden, und es ist die Frage endgültig durch das Gesetz vom 15. Mai 1906, die Ueberleitung von Hypotheken betreffend, geregelt worden. Hatte am Anfang der Verkehr vor dem Grundbuchamte, namentlich auch der persönliche Verkehr der Parteien daselbst außerordentlich zugenommen, so ist er, seitdem dieses Gesetz in Aussicht stand, wieder auf das normale Maß abgeflaut, wenn berücksichtigt wird, daß das neue Grundbuchrecht an und für sich immerhin einen stärkeren persönlichen Verkehr der Parteien vor dem Grundbuchamte mit sich bringt.

Zugenommen hat selbstverständlich das Erscheinen der Grundstückseigentümer und Berechtigten (freiwilliges Erscheinen oder Erscheinen auf Vorladung), vor allem behufs Abgabe der Zustimmungserklärung zur Löschung von Hypotheken und Rechten. Es werden nämlich auch jetzt noch häufig Löschungsurkunden von Notaren oder Gläubigern vorgelegt, trotzdem es das Richtigste wäre, sie den Grundeigentümern hinauszugeben. Das Grundbuchamt kann mit der reinen Löschung zunächst nichts anfangen. Eine Eintragung lediglich dahingehend, daß die Hypothek bezahlt ist, ist unzulässig. Die Löschungsbewilligung selbst kann nicht Gegenstand einer Eintragung sein, sie ist nur Voraussetzung dazu. Es hat daher das Grundbuchamt gemäß §§ 8, 73, 130 ff. der Dienstanweisung von sich aus die Vorladung des Eigentümers herbeizuführen, um die Sache zu erledigen, und entweder eine Löschung tatsächlich vorzunehmen, oder den Uebergang der Hypothek oder Grundschuld auf den Eigentümer eintragen zu können. Ein schon eingetragener Rangeinräumungsverzicht oder eine Vormerkung gemäß § 1179 BGB. nützen für die Ermöglichung des Löschungseintrages selbst nichts, da der erstere gemäß Art. 59 UeG. der Vormerkung nach § 1179 BGB. gleichgestellt ist und letztere nur obligatorisch wirkt.

Praktisch wäre es gewesen, im Gesetz auszusprechen, daß die Vorlegung einer Löschungsbewilligung oder Quittung ohne weiteres den Vollzug der Löschung ermöglicht. Der Anwesenseigentümer hat es ja in der Hand, Mißbräuche hintanzuhalten. Er zahlt eben nicht, außer gegen Einhändigung der Löschungsurkunde; will er die Löschung ohne weiteres vollzogen haben, dann läßt er durch den Gläubiger, Notar, Rentamt rc. vorlegen. Jetzt sind die Anwesenseigentümer häufig sehr schwer zu Gericht zu bringen, betrachten zunächst die Vorladung als Schikane und verlieren Zeit und Kosten.

Vor dem Grundbuchamte werden auch Auflassungen beurkundet, und zwar auf Grund Testaments und auf Grund von Vergleichen über Grundstückstreitigkeiten, endlich Hypothekübertragungen, Verpfändungen usw. Hatten diese Rechtsgeschäfte vor dem Grundbuchamte in der allerersten Zeit nach dem Inkrafttreten des Grundbuchrechts gleichfalls erheblich zugenommen, so ist doch jetzt dieser Verkehr wieder bedeutend zurückgegangen, nachdem den Parteien bekannt geworden war, daß die Notariatsgebühren nicht erspart, sondern lediglich von dem Staate, anstatt von dem Notare eingezogen werden. Dies war auch zu wünschen, denn außerdem wären die Notare bei dem zur Zeit ohnehin wenig lebhaften Grundstücksverkehr noch schlechter gestellt, anderseits würden die Richter unnötigerweise überlastet.

Die Beurkundung anderer Rechtsgeschäfte vor dem Grundbuchamte kommt fast gar nicht vor, so z. B. die Beurkundung von Hypothekbestellungen, wohl hauptsächlich deswegen, weil die sofortige Unterwerfung unter die Zwangsvollstreckung vor dem Grundbuchamt ausgeschlossen ist.

An Gebühren sind bei dem Amtsgerichte München I Abteilung A für Zivilsachen für 1906 angefallen:

1. An sogenannten Besitzveränderungsgebühren — Art. 146 bayer. GebG. — 2640 Mk.; 2. an Gebühren für Uebertragungen und Verpfändungen rc. — Art. 154, 155 und 159 l. c. — 826.70 Mk.; 3. an reinen Notariatsgebühren (Art. 118 und 119 l. c.) — Gebühren, welche für die Aufnahme der Urkunde durch den Notar an diesen zu entrichten wären — 332.90 Mk. Die eigentlichen Einschreibgebühren, welche die Hauptsumme ausmachen — Art. 116 und 122—126 l. c. — und die Schreibgebühren sind hier nicht zu erwähnen, da sie auch vor der Anlegung angefallen sind und verrechnet wurden.

Haben sich so diese Punkte zur Zufriedenheit geregelt, so kann nicht dasselbe bezüglich der Briefhypotheken, der Eigentümer-Hypothek oder -Grundschuld, der Vormerkung nach § 1179 BGB. und der richtigen Regelung des Schreibwerks sowie einiger weiterer, weniger wichtiger Punkte, welche hier nicht zu erörtern sind, gesagt werden. Wären diese Punkte mehr den gesetzlichen Vorschriften des alten bayerischen Rechtes entsprechend geordnet worden, und hätte in diesen Punkten Norddeutschland Süddeutschland nachgegeben, so könnte wohl behauptet werden, daß das Grundbuchrecht mustergültig sei. Im allgemeinen ist aber trotzdem zuzugeben, daß das Grundbuchrecht in seiner juristischen Anwendung für den Richter einfacher geworden ist. Das neue Recht bietet sicherere gesetzliche Unterlagen als das alte bayerische Recht mit seinen vielen Fußangeln und Fallstricken; hiergegen war das alte Recht in den erwähnten vier Punkten zielbewußter und einfacher.

Die Einführung der Briefhypothek in ihrer heutigen Gestalt wäre wohl am besten im ganzen Deutschen Reich unterblieben. Es sollen zwar die Vorzüge, die mit der Einführung verbunden sind, nicht verkannt werden, doch überwiegen bei weitem die sich daran knüpfenden Nachteile. Die Hauptsache im Immobilienverkehr ist absolute Sicherheit, nicht aber Raschheit, Bequemlichkeit usw. Die Briefhypothek dient aber fast nur dem unreellen Hypothekenverkehr und bietet dem Anwesenseigentümer viele Gefahren.

---

[1]) Anm. des Herausgebers: Dieser Mitteilung liegen die Erfahrungen zugrunde, die bei dem größten bayerischen Grundbuchamte (München) gemacht wurden. Sie wird vor allem für die Gebietsteile von Interesse sein, die das Inkrafttreten des Grundbuchrechts für die nächste Zeit zu gewärtigen haben.

Er weiß z. B. gewöhnlich lange Zeit nicht, wer sein Gläubiger ist usw. Die infolge des letzten Kraches auf das Trockene gesetzten Münchener Güterhändler dürften sich schwer ärgern, wenn sie bedenken, daß nunmehr ein Hypothekenbrief so schön im Stammkaffee von Hand zu Hand als sogenanntes Wertpapier begeben werden kann, ohne daß man des Notars oder des Gerichts bedarf, zumal, wenn sie sich bei dieser Gelegenheit vorstellen, daß man auch den Staat noch um einen großen Teil der Gebühren bringen kann. Sind nämlich auf dem Hypothekenbriefe mehrfach Forderungsübertragungen vermerkt worden, so braucht nur der erste Inhaber dem letzten Inhaber eine neue auf ihn lautende Uebertragungserklärung auszustellen und seine Unterschrift beglaubigen zu lassen, denn werden die Zwischenübertragungen gegenstandslos und die Gebühren für ihre Beglaubigung fallen weg. Dies wird in Zukunft häufig vorkommen, wenn man in Erwägung zieht, daß die Sippe der Güterhändler in einer Stadt gewöhnlich vollkommen unter sich bekannt ist.

Man sollte meinen, der Hypothekenbrief entspreche einem wirklichen Verkehrsbedürfnis; dies ist jedoch nicht der Fall. Die Briefe werden zwar in der letzten Zeit leider in bedeutend steigendem Maße verlangt — bis zu acht an manchem Tag in einem Bezirk — jedoch nur von Spekulanten und gewerbsmäßigen Güterhändlern. Andere Privatpersonen verlangten bisher eigentlich niemals Briefe; wenn sie solche verlangten, haben sie alsbald die Ausschließung nachträglich vereinbart, so daß wohl angenommen werden kann, der Notar habe bei der Bestellung der Hypothek die Ausschließung zu beurkunden vergessen.

Was soll mit der Mobilisierung des Grundstücksverkehrs überhaupt gedient sein, heutzutage, wo ohnehin alles sich allzu rasch wandelt? Allerdings ist in Bayern durch die Höhe der Grundstücks-Gebühren usw. glücklicherweise ein Riegel vorgeschoben. Mag auch an und für sich der Grundstückswechsel in der Stadt weniger nachteilige Folgen haben, abgesehen von einer eventuellen ungesunden Spekulation, wie sie vor einigen Jahren in München herrschte, so ist doch der starke Grundstückswechsel auf dem Lande sehr zu bedauern, da bei jedem Wechsel naturgemäß die Bewirtschaftung leidet und der Bauer nur zu leicht, wenn er Gewinn ohne Arbeit erzielen kann, die letztere aufgibt.

Zu bedauern ist, daß der Gebührenansatz für die Erteilung von Hypothekenbriefen für größere Beträge nicht einen höheren Betrag als 10 Mk. gestattet, schon mit Rücksicht darauf, daß dem Grundbuchamt, von welchem viele Briefe erteilt werden, eine äußerst starke Belastung erwächst; und zwar ist diese Belastung eine dauernde, wegen der später an dem Grundstück und dessen Belastung eintretenden Aenderungen und der dadurch notwendig werdenden häufigen Vorlegung des Briefes zur Erteilung von Bestätigungen.

Was sodann die Vormerkung gemäß § 1179 BGB. betrifft, so gibt es eine in neuerer Zeit bestellte Hypothek ohne derartige Vormerkungen fast überhaupt nicht mehr. Dies mag wohl größtenteils von der Angst hergekommen sein, von welcher die Hypothekgläubiger ergriffen wurden, als die Rechtsprechung dazu kam, die sogenannte bayerische Unterkaution sich in eine Eigentümergrundschuld verwandeln zu lassen. Jetzt ist der Anwesenseigentümer diesbezüglich schlechter gestellt als zur Zeit der Geltung des bayerischen Hypothekenrechtes. Damals war ein Rangeinräumungsverzicht zugunsten einer Privathypothek eine große Seltenheit, jetzt ist sie die Regel. Und selbst für Hypotheken des alten Rechtes wird häufig die Vormerkung nachträglich verlangt. Die aus der Eigentümergrundschuld erwachsenen Rechte nützen daher dem Eigentümer nicht viel, wenigstens demjenigen nicht, der nicht so wie so gut steht und ihrer nicht bedarf.

Das deutsche Grundbuchrecht hätte an Einfachheit daher nur gewonnen, wenn die Eigentümerhypothek und Eigentümergrundschuld mit ihrer verwickelten Anwendung weggeblieben und dafür ähnlich wie im alten bayerischen Rechte gemäß § 84 des HypG. Bestimmungen getroffen worden wären. Diese Bestimmungen würden dann auch mit den Vorschriften über den Rangvorbehalt gemäß § 881 BGB. (§ 150 bayer. HypG.) zusammenstimmen, von welchem übrigens nur selten Gebrauch gemacht wird.

Was endlich das Schreibwerk betrifft, so ist es, wie überhaupt im neuen Recht, so auch im Grundbuchrecht unendlich gewachsen und wächst immer weiter. Am besten wäre es gewesen, die Uebergabe von Abschriften über Notariatsurkunden zum Grundbuchamt wegzulassen. Was soll damit gedient sein? Das Notariat ist jetzt wie das Amtsgericht gleichfalls Amt. Die Urschrift wird zurzeit bei dem Notar aufbewahrt. Das Wesentliche wird in das Grundbuch eingetragen und ferner wird die Urkunde in Abschrift übergeben. Dann sollten wenigstens die Einträge in das Grundbuch viel kürzer gefaßt werden dürfen, als jetzt die gesetzlichen Bestimmungen, Praxis und Dienstanweisung, zulassen; genügen würde z. B.: „10000 Mk. Darlehen der bayer. Hypotheken- und Wechselbank in München samt 4% Zins und Nebensache; Unterwerfung unter die Zwangsvollstreckung." Die Verweisung auf die Eintragungsbewilligung ist überflüssig, weil deren Inhalt aus den Anlagen hervorgeht, und die genauere Wiedergabe des Wortlauts des § 800 ZPO. gleichfalls, ebenso die Aufführung der Satzungen der Banken.

Am besten wäre es gewesen, solange das bayerische Notariat in seiner jetzigen Gestalt besteht, es bei dem Zustand des alten Rechtes zu belassen. Jetzt wachsen die Anlagen ins Unermeßliche an. So oft eine Zahlungs-, Kündigungs- oder sonstige Nebenbestimmung eingesehen werden muß, müssen die Anlagen ausgehoben werden, weil das Buch nur Bezug nimmt und nicht genügt.

Hiermit wird die Zeit vertragen und ist die Urkunde hervorgeholt, so bemerkt die rechtsuchende Partei, daß sie auch den Inhalt des obligatorischen Vertrages (z. B. bei Kauf oder Tausch) kennen muß; dann muß die Partei zum beurkundenden Notar geschickt werden; denn in der Abschrift steht für gewöhnlich nur das, was sich im Auszug zum Eintrage in das Buch eignet. Der Notar hat dann nochmals die Arbeit mit dem Hervorsuchen der Urkunden und der Aufklärung der Partei, trotzdem das Gericht die Arbeit bereits hatte und der Notar seinerseits die Arbeit mit Fertigung und Beglaubigung der Abschrift hatte. Man könnte nun wohl sagen, die Partei soll eben gleich zum Notar gehen, aber hiermit ist nichts gedient. Es ist z. B. an demselben Gericht ein Termin in einer Nachlaßsache angesetzt, sämtliche Parteien sind erschienen. Muß zum Notar geschickt werden, so kann an diesem Tage die Sache nicht mehr

erledigt werden, wohl aber wenn die Urkunde mit dem nötigen Inhalt sofort beim Grundbuchamt kurzhändig erholt werden kann. Es wird daher versucht, die Sache zunächst auf diese Weise zu bereinigen, um Arbeit und Zeit dem Gericht und den Parteien zu ersparen. Erst später sieht man, daß dies erfolglos war.

Dieser Zustand wird mit jedem Jahre schlechter, weil die Urkunden derart anschwellen, daß sie wohl alsbald in den Eintragungsräumen überhaupt nicht mehr untergebracht werden können, sondern in der Hauptregistratur verwahrt werden müssen, woselbst das Hervorsuchen noch mehr Mühe und Zeitverlust mit sich bringt.

Das alte bayerische Recht war viel praktischer. Die Unterwerfung unter die Zwangsvollstreckung mußte niemals in das Buch eingetragen werden. Solange die Hypothek bestand, war die Urkunde auch vollstreckbar. Mißstände haben sich in keiner Weise ergeben, jedenfalls weniger als jetzt. Denn da alle Urkunden über bestehende Hypotheken vollstreckbar waren, gab es keine Ausnahme; das Buch brauchte man deswegen nicht einzusehen. Jetzt wird die Führung des Buches unnötig belastet. Es muß das Buch eingesehen werden und es gibt Ausnahmen.

Die Motive geben nicht genügend Aufschluß darüber, warum die Unterwerfung eingetragen werden muß. Es soll sich jeder Erwerber eines Grundstückes durch Einsichtnahme vergewissern können, daß er der sofortigen Zwangsvollstreckung unterworfen ist. Man sollte jedoch nicht meinen, daß hierzu eine derartige Belastung des Buchs notwendig wäre, da doch die Sache so leicht viel einfacher zu regeln war. Jetzt freilich wird eine gesetzliche Aenderung schwer herbeizuführen sein.

Was endlich die vielen im Grundbuchrecht angeordneten Mitteilungen betrifft, so läßt sich über deren Wert und Nützlichkeit streiten. Sicher ist, daß viele Beteiligte die Mitteilungen ohne weiteres wegwerfen. Im allgemeinen aber wird man sagen müssen, daß es für die Beteiligten immerhin von Belang ist, über die Verhältnisse, welche sie berühren, etwas zu erfahren, sei es als Gläubiger oder Grundstückseigentümer.

Es kann gesagt werden, daß die Einführung des Grundbuchrechtes im allgemeinen zu begrüßen war; es hat sich leicht eingeführt und wäre mustergültig, wenn es in den vorerwähnten Punkten dem praktischen Bedürfnisse mehr angepaßt worden wäre.

Oberlandesgerichtsrat Dr. Berg in München.

Die Pfändbarkeit der Unteroffiziers-Dienstprämien zugunsten der Unterhaltsansprüche unehelicher Kinder. Gemäß § 75 Ziff. 1 der Friedens-Besoldungs-Vorschrift empfangen Unteroffiziere (auch außeretatmäßige), die nach 12jähriger aktiver Dienstzeit ausscheiden, eine Dienstprämie von 1000 Mk. Diese Prämie war zwar nach Art. 18 Abs. 3 des RG. vom 22. Mai 1893 (RGBl. S. 181) grundsätzlich unpfändbar, Abs. 4 a. a. O. enthielt jedoch die Ausnahmebestimmung:

„Die in Abs. 3 festgesetzten Beschränkungen der Pfändung finden keine Anwendung auf die im § 749 Abs. 4 ZPO. (— von 1877 —) bezeichneten Forderungen der Ehefrau und der ehelichen Kinder des Schuldners."

In diese an sich klare Rechtslage wurde durch Art. 2 des RG. vom 29. März 1897 betr. Abänderung des Lohnbeschlagnahmegesetzes insofern eine Verwirrung gebracht, als nunmehr für die Fälle des Abs 2 und 3 des § 749 Abs. 4 ZPO. ä. F. die Pfändbarkeit der dortselbst aufgeführten Forderungen auch zugunsten der Unterhaltsansprüche unehelicher Kinder anerkannt wurde; der in dieser Weise abgeänderte § 749 Abs. 4 wurde dann als § 850 Abs. 4 in die neutextierte ZPO. von 1898 aufgenommen.

Streitfrage war also: „Hatte die — nach dem Gesetzeswortlaut allerdings nur für die Fälle des Abs. 2 und 3 — erweiterte Bestimmung des § 749 Abs. 4 ZPO. ä. F. bzw. § 850 Abs. 4 ZPO. n. F. in entsprechender Anwendung auch eine Erweiterung der Bestimmung des Art. 18 Abs. 4 RG. vom 22. Mai 1893 zur Folge?" oder mit anderen Worten: „Hatte die genannte erweiterte Bestimmung nunmehr die Pfändbarkeit der Unteroffiziersdienstprämie auch zugunsten der Unterhaltsansprüche unehelicher Kinder herbeigeführt?"

Das OLG. Karlsruhe hat diese Frage bejaht (Rechtspr. der OLG. Bd. 4 S. 155.) Demgegenüber hat aber das OLG. München (ebenso auch das OLG. Jena vom 12. Mai 1902) in einer Entscheidung vom 22. Mai 1903 unter Anschluß an Gaupp-Stein 6. und 7. Aufl. Note II, 5 zu § 850 ZPO. (S. 621) und einen Aufsatz im „Recht" 1902 S. 117 ff. einen verneinenden Standpunkt eingenommen und ihn insbesondere damit begründet, daß durch Anwendung des abgeänderten § 749 Abs. 4 bzw. § 850 Abs. 4 ZPO. auf Art. 18 Abs. 4 des RG. vom 22. Mai 1893 der weiten Fassung des letztgenannten Gesetzes und der ZPO. Gewalt angetan, zugleich auch gegen den Grundsatz des Art. 32 EG. z. BGB. verstoßen würde.

Eine endgültige Lösung der Streitfrage — zugunsten der Anschauung des OLG. Karlsruhe — hat nun das RG. vom 31. Mai 1906 definitiv getroffen. Mit seinem Inkrafttreten am 1. Juli 1906 wurde u. a. gemäß § 76 Abs. a. a. O. das RG. vom 22. Mai 1903 aufgehoben und an Stelle des Art. 18 bestimmt nunmehr § 40 Abs. 1, daß die Vorschrift des § 850 Abs. 4 ZPO. auf die — an sich nach wie vor unpfändbare — Dienstprämie entsprechende Anwendung zu finden hat. Die Pfändbarkeit der Dienstprämie auch zugunsten der Unterhaltsansprüche unehelicher Kinder steht demnach seit 1. Juli 1906 außer Zweifel.

Dr. Jacquin,
Hilfsarbeiter bei der Intendantur des III. Armeekorps.

Bekanntmachung gerichtlicher Verfügungen im Wege der Rechtshilfe. In Nr. 23 des vorigen Jahrganges (S. 457) ist angedeutet, daß bereits im Rahmen der bestehenden Vorschriften dem Ueberwuchern formaler Geschäfte vorgebeugt werden könne. Es möge hier noch auf eine gesetzliche Vorschrift hingewiesen werden, die offenbar von jenen unbeachtet gelassen wird, die nach der Meinung des Verfassers einer das nämliche Thema berührenden Abhandlung in der Nummer 1 für 1907 (S. 14) „zu viel ersuchen".

Zweifellos wird der Weg der Rechtshilfe häufig in ungeeigneten Fällen betreten, was namentlich von großen und vielbeschäftigten Gerichten hart empfunden wird. Direkt gegen eine gesetzliche Bestimmung verstößt es aber, wenn dieser Weg häufig beschritten wird, um richterliche Verfügungen irgendwelcher, oft ganz untergeordneter Art zur Kenntnis der Parteien zu



bringen. Es wird z. B. ersucht, den X. vorzuladen, ihm zu eröffnen, daß das Gericht seinem Antrag keine Folge gibt, ihn zugleich zu veranlassen, diese oder jene Weisungen zu befolgen u. dgl.

Für solche Bekanntmachungen schreiben § 16 des FGG. und die dazu gehörenden Ministerialbekanntmachungen den Weg vor, der zu beschreiten ist, um Entscheidungen zur Kenntnis der Beteiligten zu bringen. Sichtliches Bestreben dieser gesetzlichen Bestimmungen ist, die Bekanntmachung möglichst einfach und billig zu gestalten. In der Regel genügt einfacher Brief. Wie zeitraubend für den ersuchten Richter, wie kostspielig meist für die Partei ist dagegen der Weg der Rechtshilfe! Daß die Eröffnung selbst durch Inanspruchnahme der Rechtshilfe sicherer oder wirksamer wird, kann doch wohl nicht behauptet werden. Die Ablehnung eines solchen Ersuchens würde gleichwohl gegen § 2 FGG. und § 159 GVG. verstoßen, weil ja die angesonnene Handlung nicht unmittelbar verboten ist. Um so mehr sollte man sich davor hüten, dem ersuchten Richter eine überflüssige Arbeit zuzumuten, gegen deren Aufbürdung er sich nicht mit Erfolg wehren kann.

Oberamtsrichter Eppenauer in München.

Aus der Praxis der Gerichte.

Reichsgericht.

A. Zivilsachen.

I.

Zu § 2269, 2304, 2306 BGB. Voraussetzungen für die Anwendung der Auslegungsregel des § 2269 BGB. Bedeutung der Einsetzung als Erbe auf den Pflichtteil. Der 1902 zu G. verstorbene M. hat ein Testament hinterlassen, das er in Gemeinschaft mit seiner Frau, der Beklagten, 1901 errichtet hatte. Es lautet:

§ 1. „Wir setzen hierdurch uns einander gegenseitig und unsere Kinder, und zwar: 1. an Stelle unseres im Jahre 1900 verstorbenen Sohnes Albert M. dessen Tochter Elsbeth M., 2. unsere Tochter Editha, 3. unseren Sohn Rudolf, 4. unseren Sohn Franz als Erben mit der Maßgabe ein, daß der Ueberlebende von uns Eheleuten bis zu seinem Tode den uneingeschränkten Nießbrauch und Besitz, die Verwaltung und freie Disposition über den gesamten Nachlaß behalten soll."

§ 2. „Wir bestimmen, daß der Ueberlebende von jeder Rechnungslegung befreit sein soll."

§ 3. „Wir bestimmen ferner, daß unser zu Nr. 1 genanntes Enkel Elsbeth als Erbin lediglich auf den Pflichtteil gesetzt sein soll." § 4 enthält sodann eine Anordnung über das von dem testierenden Ehemann in G. geleitete Kaffeehaus; es soll nach dem Tode des letztlebenden der Eheleute in das gemeinschaftliche Eigentum der zu 2, 3 und 4 genannten Kinder übergehen und ihnen bei der Nachlaßregulierung mit 16000 Mk. angerechnet werden. Klägerin ist die im § 1 zu 1 und im § 3 genannte Enkelin Elsbeth M. Sie behauptet, daß sie durch das Testament im Umfange des Pflichtteils zur Erbfolge berufen sei. Ihr Klageantrag lautet: „Die Beklagte zu verurteilen: 1. anzuerkennen, daß die Klägerin Miterbin ist, 2. der Klägerin über den Verbleib des Nachlasses des Cafetiers Franz M. zu G. Auskunft zu erteilen und eine die geordnete Zusammenstellung der Einnahmen und Ausgaben des Nachlasses enthaltende Rechnung mitzuteilen, 3. der Klägerin $^{3}/_{32}$ der seit dem Tode des M. gezogenen Nutzungen seines Nachlasses nach Abzug aller Unkosten zu zahlen." Das Landgericht hat auf Klagabweisung erkannt. Die Berufung wurde zurückgewiesen. Die Revision hatte Erfolg.

Gründe: Ist die in dem Testamente enthaltene Erklärung, wonach der überlebende Ehegatte und die mit Namen benannten Abkömmlinge als Erben eingesetzt werden, in dem Sinne zu verstehen, daß die Abkömmlinge Nacherben des Ueberlebenden werden sollten, so würde, da die Klägerin auf die Hälfte des gesetzlichen Erbteils beschränkt ist, diese Berufung zur Nacherbfolge gemäß § 2306 Abs. 1 Satz 1 und Abs. 2 BGB. von Gesetzes wegen in eine Berufung zur unmittelbaren Erbfolge übergegangen sein und es wären gleichzeitig die der Klägerin zugunsten des überlebenden Ehegatten auferlegten Beschränkungen und Beschwerungen fortgefallen. Die Erklärung der Klägerin, daß sie das gesetzliche Pflichtteilsrecht nicht geltend machen wolle, stände der Anwendung dieser Vorschriften nicht entgegen. Klägerin hat damit offenbar nur abgelehnt, sich die Stellung einer Nachlaßgläubigerin gemäß §§ 2303, 2317 BGB. anweisen zu lassen; überdies hängt die Entscheidung der Frage, ob das Klagevorbringen rechtlich zur Verurteilung führt, nicht von ihrer Stellungnahme ab. Nun legt allerdings der Berufungsrichter das Testament so aus, daß für den Nachlaß des Erstversterbenden die Klägerin weder zur unmittelbaren noch auch zur Nacherbfolge berufen sei, indem er unter Anwendung des § 2269 BGB. feststellt, die Beklagte sei als alleinige Erbin des Mannes, die Klägerin aber mit den anderen Abkömmlingen zwar für den gesamten Nachlaß, aber nur als Erbin der Beklagten eingesetzt. Die im § 2269 enthaltene Vermutung sei nicht widerlegt.

Allein die beiden Fragen, ob Klägerin zur unmittelbaren Erbfolge und ob sie testamentarisch zur Nacherbfolge nach ihrem Großvater Franz M. berufen ist, sind auseinanderzuhalten, da sich die Auslegungsregel des § 2269 nicht auch auf die erste von ihnen bezieht. Daß der überlebende Ehegatte in dem gemeinschaftlichen Testamente zum Alleinerben eingesetzt, ein anderer Bedachter also nicht neben ihm zur Miterbfolge berufen ist, gehört nicht zum Inhalt, sondern bildet eine der beiden Voraussetzungen der im § 2269 aufgestellten Vermutung. Es muß, wenn diese Vorschrift zur Anwendung kommen soll, von vornherein bereits feststehen, einmal, daß die testierenden Eheleute sich gegenseitig und nicht auch einen anderen neben dem Ueberlebenden zu Erben eingesetzt, sodann aber, daß sie bestimmt haben, der beiderseitige Nachlaß solle nach dem Tode des Ueberlebenden an einen Dritten fallen. Trifft beides zu, so entscheidet das Gesetz einen alsdann möglichen Zweifel durch eine Auslegungsregel: Der Anfall des Gesamtnachlasses an den Dritten kann sich entweder vollziehen durch Nacherbfolge nach dem zuerst verstorbenen und gleichzeitige unmittelbare Erbfolge nach dem zuletzt versterbenden Ehegatten oder sie beruht allein auf dem einheitlichen Berufungsgrunde der Einsetzung des Dritten zum Erben des überlebenden Ehegatten. In dem einen Falle unterliegt der erbende Ehegatte mit Bezug auf den Nachlaß des zuerst versterbenden den Beschränkungen des Vorerben, in dem anderen Falle dagegen nicht. Wenn nun nach § 2269 im Zweifel anzunehmen ist, daß der Dritte für den gesamten Nachlaß als Erbe des zuletzt versterbenden Ehegatten eingesetzt sei, so stellt damit das Gesetz eine Vermutung nur über den Berufungsgrund auf und regelt deshalb gleichzeitig zwar die Beschaffenheit der Rechte des überlebenden Ehegatten und des Dritten, bezieht sich dagegen nicht auch auf den Umfang, in dem der Nachlaß des zuerst versterbenden dem überlebenden Ehegatten anfällt.

Die erste der beiden zur Entscheidung stehenden Fragen, ob die Beklagte zur Alleinerbfolge nach ihrem Ehemanne berufen war oder ob die Klägerin als Miterbin neben ihr zur Erbfolge gelangt ist, hätten daher

unabhängig von der Auslegungsregel des § 2269 vorweg entschieden werden müssen. Eine Beantwortung zu ungunsten der Klägerin kann sie nur durch eine Umdeutung der Erbeinsetzungsworte des Testaments unter dem Gesichtspunkte finden, daß die dem überlebenden Ehegatten beigelegten besonderen Rechte für ein Nebeneinanderbestehen des Erbrechts der Witwe und des Erbrechts der Abkömmlinge keinen Raum lassen und daß deshalb in Wirklichkeit die alleinige Ernennung des überlebenden Ehegatten zum Erben des Erstversterbenden gemeint war. Daß der Inhalt dieser besonderen Rechte eine derartige Auslegung unter allen Umständen notwendig macht, ist keineswegs anzunehmen. Gelangt der Berufungsrichter bei nochmaliger Prüfung wieder zu der Annahme, daß in dem gemeinschaftlichen Testamente der überlebende Ehegatte nicht neben den Abkömmlingen zur Miterbschaft, sondern unter deren Ausschließung zur Alleinerbschaft berufen ist, so würde allerdings die Auslegungsregel des § 2269 einschlagen: die Abkömmlinge würden nur zur Erbfolge nach dem überlebenden Ehegatten berufen, dieser aber durch ein Nacherbrecht nicht beschränkt sein, es sei denn, daß sich ein anderer Wille aus dem Testamente herleiten ließe. Entscheidend ist dabei, ob die testierenden Eheleute die dem überlebenden zustehenden Machtbefugnisse erschöpfend haben regeln wollen oder ob sie darüber hinauszugehen beabsichtigten. Denn in keinem Punkte überschreiten die besonderen Rechte, mit denen sich die testierenden Eheleute wechselseitig in den §§ 1 und 2 des Testaments bedacht haben, die Grenzen, innerhalb deren eine Befreiung des Vorerben gemäß § 2136 zulässig ist. Sie lassen also sehr wohl die Möglichkeit offen, daß nach dem Willen der Testierenden der Ueberlebende von ihnen zwar weithin befreiter Vorerbe des zuerst versterbenden Ehegatten, aber immerhin doch nur dessen Vorerbe werden sollte. Daß auch in solchem Falle der Klägerin das von ihr beanspruchte Miterbrecht zuerkannt werden muß, wurde bereits ausgeführt. Der Berufungsrichter hat diese Grundsätze nicht beachtet. Es fragt sich nur noch, ob das Berufungsurteil durch eine vorsorgliche Begründung getragen wird, die der Berufungsrichter der Hauptbegründung hinzugefügt hat. Er erwägt: wenn man auch der Annahme nicht beitreten wollte, daß der Klägerin aus dem Testamente ein Recht mit Bezug auf den Nachlaß ihres Großvaters nicht zustehe, so komme zwar in Betracht, daß sie als Erbin bezeichnet, daß ihr aber im § 3 ausdrücklich nur der Pflichtteil zugewendet sei. Diese Zuwendung sei im Zweifel nicht als Erbeinsetzung anzusehen (§ 2304), ändere also den Charakter des Pflichtteilsanspruchs an sich nicht. Die Benennung als Erbe sei in entsprechender Anwendung des § 2087 BGB. nicht entscheidend. Von ihrem Pflichtteilsrecht aber wolle die Klägerin keinen Gebrauch machen. Nun ist es zwar richtig, daß, wenn die Klägerin im § 3 des Testaments „als Erbin“ auf den Pflichtteil gesetzt ist, diese Fassung es nicht schlechthin ausschließt, daß ihr gleichwohl nur ein Forderungsrecht in Höhe des Pflichtteils zugedacht sein sollte. Allein die dafür nach § 2304 sprechende Vermutung wird durch die ausdrückliche Einsetzung der Klägerin als Erbin in § 1 jedenfalls aufgewogen. Dafür aber, daß die Testierenden bei der Bezeichnung der Klägerin als Erbin sich im Ausdruck nicht vergriffen haben, spricht sowohl die Gleichstellung der Klägerin mit den anderen Abkömmlingen bei der Erbeinsetzung, als auch die im § 4 angeordnete Auseinandersetzung zwischen ihr und den anderen Erben wegen des Kaffeehauses. (Urt. des IV. ZS. vom 22. Nov. 1906).

738 — — — n.

II.

Zu §§ 137 Abs. 4, 85 ZPO. Umfang und Bedeutung des Rechtes der Partei, im Anwaltsprozesse neben dem Anwalte selbst das Wort zu ergreifen. Aus den Gründen: Die Revision rügt, es sei dem Beklagten in der mündlichen Verhandlung vom Berufungsgericht mit Unrecht das Wort verweigert worden. In der Verhandlung stand in Frage, ob es nach §§ 627, 940 ZPO. geboten sei, für die Dauer des Eheanfechtungs- und Scheidungsprozesses zwischen dem Beklagten und seiner Frau einstweilen das Getrenntleben der Gatten und in Verbindung damit die Unterhaltspflicht des Beklagten gegenüber der Klägerin zu ordnen. Nach dem Sitzungsprotokolle wurde dem Beklagten das Wort entzogen, als er auf die Vorgeschichte der Ehe und die Gründe der Anfechtung zu sprechen kam, sich anschickte, prozessuale Mängel des erstinstanziellen Verfahrens zu rügen und Anträge auf Berichtigung der Tatbestände der Urteile 1. Instanz zu begründen. Der Anwalt des Beklagten hatte erklärt, daß er selbst in diesen Richtungen nichts vortragen wolle. Die Rüge ist unbegründet.

Nach § 137 Abs. 4 ZPO. ist allerdings in Anwaltsprozessen neben dem Anwalt auch der Partei selbst auf Antrag das Wort zu gestatten, und es gehen nach § 85 Geständnisse und andere tatsächliche Erklärungen der Partei den etwa abweichenden Erklärungen des Anwalts vor. Nach § 548 ZPO. kann auch eine Verletzung des § 137 mit Revision gerügt werden, da der bezügliche Gerichtsbeschluß die mündliche Verhandlung voraussetzt und im Gesetze nicht für unanfechtbar erklärt ist (§ 567 ZPO.). Allein für die nach § 137 ZPO. gebotene Zulassung der Partei zum Worte ist Erfordernis, daß sie zur Sache selbst das Wort nimmt. Für den Gegenstand der mündlichen Verhandlung kamen hier selbständig und entscheidend die derzeitigen ehelichen Beziehungen der Gatten, nicht aber die Vorgeschichte der Ehe und die Begründung der Anfechtungsklage in Betracht. Soweit es sich ferner um Ausführungen über prozessuale Mängel und Beschwerden wegen Nichtberichtigung des Tatbestands 1. Instanz handelte, durfte dem Beklagten das Wort verweigert werden, da sein Anwalt erklärt hatte, daß er selbst in dieser Beziehung nichts vortragen wolle. Mögen auch die Geständnisse und tatsächlichen Erklärungen der Partei selbst gegenüber ihrem Prozeßbevollmächtigten von maßgebender Bedeutung sein, so steht es doch nur im pflichtmäßigen Ermessen des letzteren, inwieweit er Anträge stellen und Beschwerden erheben will. Für die Ausführungen des Beklagten war hiernach kein Raum, weil sein Anwalt von den fraglichen Prozeßrügen überhaupt abgesehen hatte. Eine Beschwerde wegen Nichtberichtigung des Tatbestandes war übrigens gar nicht zulässig. Sie wäre nur statthaft gewesen, wenn aus prozessualen Gründen eine Entscheidung über den Berichtigungsantrag ohne sachliche Prüfung abgelehnt worden wäre. (§ 320 ZPO., RG. in ZS. 47 S. 398). Der Berichtigungsantrag war aber als unbegründet verworfen worden (Urt. des IV. ZS. vom 29. November 1906, IV 407/06). — — — n.

737

III.

Zur Anwendung von § 304 ZPO. Der vom Beklagten durch einen Säbelhieb am Kopfe verletzte Kläger fordert Schadenersatz, und zwar bestimmte Summen je für Kurkosten, jährlichen Verdienstentgang, Geschäfts-Stillstand und -Rückgang, sowie Schmerzensgeld, event. eine einmalige bestimmte Gesamtentschädigung. Der Beklagte schützt Notwehr vor und beantragt Abweisung der Klage. Diesem Antrage hat das Landgericht entsprochen, während das Berufungsgericht auf die Berufung des Klägers (unter deren Zurückweisung im übrigen) dahin entschied, daß der Beklagte verurteilt werde, „dem Kläger den aus der Körperverletzung erwachsenen Schaden zu ²/₃ zu ersetzen“, und die Sache zur weiteren Verhandlung an das Landgericht zurückverwies. Das Reichsgericht hat das Berufungsurteil aufgehoben.

Aus den Gründen: Das Urteil ist schon aus prozessualen Gründen zu beanstanden. Es ist gemeint als eine Vorabentscheidung im Sinne von § 304 ZPO. Dem entspricht aber die gewählte Urteilsformel nicht, insoferne als darin nicht der Klageanspruch dem Grunde nach für gerechtfertigt erklärt, sondern bereits eine Verurteilung des Beklagten ausgesprochen ist. Dabei ist diese Verurteilung allgemein dahin gefaßt worden, daß der Beklagte „den aus der Körperverletzung vom 14. November 1904 erwachsenen Schaden" zu $^{2}/_{3}$ dem Kläger zu ersetzen habe, während, wie selbstverständlich ist, auch ein ZwUrt. nach § 304 ZPO. immer nur über den vom Kläger erhobenen Anspruch in seiner durch den Klageantrag gegebenen Begrenzung entscheiden darf (vgl. RGE. 60 S. 314). Weiter hat der Kläger eine Reihe einzelner Ansprüche erhoben; es müßte deshalb schon in dem Verfahren über den Grund des Klageanspruchs für jede der einzelnen von ihm umfaßten selbständigen Forderungen geprüft werden, ob sie dem Grunde nach berechtigt sei (Urt. des VI. ZS. vom 5. November 1906). L........r.

748

B. Strafsachen.

I.

Ist es zulässig, im Urteil die „Beseitigung" von Ueberführungsstücken anzuordnen? Gegen den Angeklagten ist wegen Jagdvergehens auf Freiheitsstrafe und auf Einziehung des zur Jagdausübung benützten Jagdgerätes erkannt, außerdem ist aber im Urteil noch angeordnet worden, daß zwei zu Gerichtshanden gekommene Rehläufe zu „beseitigen" seien. Der diese Anordnung betreffende Teil der Urteilsformel wurde vom Revisionsgerichte aufgehoben und diese Verfügung aus dem Urteilssatze gestrichen.

Aus den Gründen: Was mit der Anordnung gemeint sein soll, nach der „die zwei Rehläufe zu beseitigen sind", läßt sich mit Sicherheit weder ihrem Wortlaut noch den Urteilsgründen entnehmen, bedarf aber auch keiner weiteren Aufklärung. Die Urteilsgründe stützen nur die Einziehung der übrigen Gegenstände auf § 295 StGB. und lassen damit erkennen, daß die „Beseitigung der Rehläufe" lediglich als eine Verwaltungsmaßregel, nicht als ein der Rechtskraft fähiger wesentlicher Bestandteil des Urteilssatzes angeordnet ist. Indessen erscheint die äußerliche Aufnahme der Anordnung in das Urteil selbst als den Angeklagten beschwerend, mithin insoweit die Revision als an sich zulässig und sachlich begründet (Urt. des I. StS. vom 12. Novbr. 1906, 1 D 886/06). B.

753

II.

§§ 7, 13 des Gesetzes vom 11. Januar 1876, betr. das Urheberrecht an Mustern und Modellen. Der Urheber eines Musters oder Modells genießt nach § 7 a. a. O. Schutz gegen Nachbildung nur, wenn er es zur Eintragung in das Musterregister angemeldet und ein Exemplar oder eine Abbildung bei der Registerbehörde niedergelegt hat; nach § 13 a. a. O. gilt, wer nach § 7 das Muster oder Modell zur Eintragung angemeldet und niedergelegt hat, bis zum Gegenbeweise als Urheber. Daraus ergibt sich, daß der Urheberschutz an zwei Voraussetzungen, die Anmeldung und die Niederlegung, geknüpft ist. Nun spricht der Erstrichter allerdings weder von der Anmeldung noch von der Niederlegung; die Urteilsbegründung ist deshalb mangelhaft. Das Gericht stellt aber ausdrücklich fest, daß das Muster von dem zuständigen Amtsgericht in das Musterregister eingetragen wurde. Daß es dabei zu prüfen unterlassen hätte, ob die nach § 7 des Gesetzes erforderlichen Voraussetzungen für den Musterschutz vorliegen, kann nach den tatsächlichen Umständen nicht angenommen werden. Man muß vielmehr annehmen, daß der Erstrichter sich mit der Feststellung jenes an sich bedeutungslosen Aktes nur deswegen begnügt hat, weil er das mit der Anmeldung und Niederlegung eines Musters verbundene gerichtliche Verfahren zum Abschlusse bringt. Unter diesen besonderen Verhältnissen, die es ausgeschlossen erscheinen lassen, daß die Voraussetzungen für die Entstehung des gesetzlichen Schutzes nicht erfüllt sind, muß daher der mit Recht gerügte Mangel der Urteilsbegründung nicht zur Aufhebung des Urteils führen. (Urt. des V. Straffenats vom 30. Oktober 1906, 5 D 560/06). — — e —

745

III.

Ist der „Beruf" der Hausfrau ein Beruf im Sinne der §§ 222, 232 StGB.? Aus den Gründen: Ein gewählter Pflichtenkreis rechtlicher oder moralischer Art ist nicht notwendig ein Beruf; auch eine Lebensaufgabe nicht, selbst wenn sie die volle Arbeitskraft eines Menschen in Anspruch nehmen sollte. Der Begriff setzt eine regelmäßige, bestimmt abgegrenzte Beschäftigung voraus, die sich in eine der verschiedenen im Staate bestehenden Erwerbs- oder sozialen Gruppen außerhalb der Familien einreihen läßt. Die Leitung oder Führung des Hauswesens gehört allgemein zu den Pflichten der Frau (BGB. § 1356); aber sie kann nicht unter den Gesichtspunkt eines spezifischen Berufs gebracht werden, so wenig wie die Kindererziehung eine berufliche Tätigkeit der Eltern bildet (E. 6, 24/25). Die Ehefrau als solche ist keine berufsmäßige Haushälterin oder Köchin (Urt. d. I. StS. v. 15. Oktober 1906, 1 D 210/06). B.

751

IV.

Betrug durch Fälschung eines Wechselakzepts (§ 263 StGB.). Die Strafkammer geht davon aus, daß auch das gefälschte Akzept das Vermögen des darin Bezeichneten mit einer Wechselschuld belastet, und stützt hierauf die Annahme der Erstrebung eines Vermögensvorteils und der Herbeiführung eines Vermögensschadens. Denn sie findet in der Vermögensbeschädigung der B. (auf deren Namen die Akzepte gefälscht wurden), entsprechenden Vermögensvorteil des Angeklagten in der erhöhten Sicherung seiner Forderung gegen die B. auf Zahlung der 1500 Mk. in größeren als vereinbarten und vorzeitig fällig werdenden Fristen und in der erhöhten Leichtigkeit der praktischen Durchführung dieser durch Wechsel gesicherten Forderung. Von alledem kann nicht die Rede sein. Ein gefälschtes Wechselakzept kann in der Person desjenigen, auf dessen Namen es gefälscht ist, niemals eine Wechselverpflichtung begründen, auch ein gutgläubiger Erwerber erwirbt gegen ihn keine Wechselforderung. Der Vermögensvorteil oder die Vermögensbeschädigung kann daher keinesfalls in der Begründung einer Wechselforderung oder in der Belastung mit einer Schuld bestehen. Gleichwohl werden sich in einem solchen Falle Erstrebung und Erreichung eines Vermögensvorteils auf der einen, Zufügung eines Vermögensschadens nach der andern Seite decken lassen. So kann auch ein gefälschtes Akzept einem Wechsel bis zur Entdeckung der Fälschung Umlaufsfähigkeit geben, was für den Fälscher, der sich auf den Wechsel Geld verschaffen will, einen Vermögensvorteil bedeuten würde. Anderseits ist möglich, daß der als Akzeptant Bezeichnete aus dem Wechsel in Anspruch genommen und genötigt wird, im Prozeßwege seine Haftung abzulehnen und daß er auch im Falle des Sieges insoweit Schaden erleidet, als er bei Vermögenslosigkeit des Klägers Ersatz der Prozeßkosten nicht erhält. Es ist auch denkbar, daß die Art der Fälschung und die sie begleitenden Umstände den als Akzeptanten Bezeichneten bestimmen, die Unechtheit der Unterschrift nicht geltend zu machen,

eine Wechselverpflichtung vielmehr anzuerkennen, um nicht einen Angehörigen der Gefahr der Strafverfolgung auszusetzen. Umstände solcher Art können für den Vermögensstand des im Akzepte Bezeichneten eine gegenwärtige Gefahr herbeiführen, so daß dessen Gesamtvermögen in seinem Werte vermindert erscheint. Ob dies zutrifft, ist Sache der Würdigung des Einzelfalls. Unter Gesichtspunkten dieser Art hat aber die Strafkammer den Sachverhalt nicht geprüft (Urt. des V. Straffenats vom 28. Sept. 1906. 5 D 383/06).

679 — — — e —

Oberstes Landesgericht.

A. Zivilsachen.

I.

Inhalt des Vermerks im Geburtsregister, wenn ein uneheliches Kind vom Vater anerkannt oder durch dessen Ehe mit der Mutter legitimiert wurde. Gehört zur vollständigen Bezeichnung der Person des Vaters auch die Angabe seines Glaubensbekenntnisses? (Personenstandsgesetz §§ 20, 26). Der Geburtsurkunde des Standesbeamten zu W. vom 16. Oktober 1878 über die Geburt des unehelichen Kindes der Dienstmagd M. H. von W., namens „Johann Baptist“, ist am 31. Januar 1898 folgender Randvermerk beigesetzt worden: „Nach Zuschrift des Amtsgerichts W. vom 31. Januar 1898 hat sich der Dienstknecht J. L. zu W. laut Protokoll des Landgerichts W. vom 6. November 1878 zum natürlichen Vater des von der ledigen Dienstmagd M. H. zu W. am 15. Oktober 1878 geborenen Kindes namens „Johann Baptist“ bekannt. Zugleich wird auf heutigen Protokollarantrag des nunmehrigen Taglöhners J. L., wohnhaft zu W., vermerkt, daß derselbe am 16. Januar 1882 unter Register Nr. 3 mit der Dienstmagd M. H. vor dem hiesigen Standesbeamten die Ehe geschlossen hat, wodurch obiges Kind legitimiert wurde“. J. L. beantragte bei dem Standesbeamten eine Ergänzung des Vermerkes über die Legitimation durch die Angabe, daß er katholisch sei. Das Bezirksamt W. legte den ihm von dem Standesbeamten mitgeteilten Antrag dem Amtsgerichte W. mit einer die Anordnung der Berichtigung begutachtenden Aeußerung vor. Das Amtsgericht lehnte die Anordnung der Berichtigung ab; die Beschwerde des Bezirksamts wurde zurückgewiesen. Auch die weitere Beschwerde des Bezirksamts wurde zurückgewiesen.

Gründe: Das Bezirksamt geht von einer irrigen Anschauung aus, indem es annimmt, der Randvermerk über die Legitimation bilde eine Ergänzung der Geburtsurkunde, die dadurch, daß das Kind nunmehr auch einen Vater im rechtlichen Sinne hat, unvollständig geworden sei. Eine Geburtsurkunde, die alles enthält, was zur Zeit der Anzeige des Geburtsfalls nach § 22 PStG. einzutragen war, bleibt vollständig, auch wenn die Standesrechte des Kindes durch Legitimation eine Veränderung erleiden. Es besteht deshalb keine Verpflichtung zur Anzeige dieses Vorganges, sondern er wird nach § 26 PStG. nur auf Antrag und nur, sofern er durch öffentliche Urkunden nachgewiesen wird, am Rande der über den Geburtsfall vorgenommenen Eintragung vermerkt. Das Gesetz hat davon abgesehen, besondere Vorschriften darüber zu geben, wie die Person des Vaters in dem Randvermerke zu bezeichnen ist; es begnügt sich mit den Angaben, die die öffentlichen Urkunden zu enthalten haben, auf Grund deren solche Randvermerke einzutragen sind; weitergehende Erfordernisse würden vielfach zu Mißlichkeiten führen. Die Angabe der Religion der Beteiligten ist weder für gerichtliche und notarielle Urkunden über rechtsgeschäftliche Erklärungen (§ 176 Abs. 1 Nr. 2 FGG.) noch für gerichtliche Urteile (§ 313 Abs. 1 Nr. 1 ZPO.) vorgeschrieben und bei den einen so wenig üblich wie bei den anderen. In Uebereinstimmung damit ist in dem dem § 20 der Ausführungsvorschriften des Bundesrats vom 25. März 1899 beigegebenen Muster A 4 in den die Legitimation betreffenden Randvermerk die Angabe der Religion des Vaters nicht aufgenommen (Beschl. des I. ZS. vom 8. Oktober 1906 III Nr. 70/06). K.

735

II.

Beschwerderecht des Armenpflegschaftsrats gegen eine Verfügung des Vormundschaftsgerichts, welche die Fürsorge für die Person eines unter elterlicher Gewalt stehenden Armen betrifft. (Ges. über die öffentliche Armen- und Krankenpflege Art. 10, 11, 30, 31 Abs. 3, FGG. § 57 Abs. 1 Nr. 9). Die am 18. Mai 1887 geborene taubstumme Taglöhnerstochter Fr. Sp. war früher in einer Taubstummenanstalt untergebracht, hat jedoch infolge ihrer geringen Begabung dort nur stricken, aber nicht lesen und schreiben gelernt. Seit einem Jahre befindet sie sich bei ihren Eltern, denen im Armenhause ihrer Heimatgemeinde S. als Wohnung ein Zimmer unentgeltlich eingeräumt ist. Der Vater geht seinem Verdienst als Taglöhner nach, die Mutter besorgt das Austragen von Brot; beide sind 61 Jahre alt. Der Armenpflegschaftsrat S. beantragte bei dem Vormundschaftsgericht, gemäß § 1666 BGB. anzuordnen, daß Fr. Sp. in der Versorgungsanstalt für taubstumme Mädchen in M. untergebracht werde. Begründung: Das Mädchen könne seinen Unterhalt nicht verdienen, es erhalte das Notwendige von seinen Eltern; wenn diese sterben oder arbeitsunfähig werden sollten, müsse die Armenpflege für den Unterhalt aufkommen, und wenn es verführt werden sollte, würde deren Belastung sich noch steigern. Die Erziehung des Mädchens sei noch nicht vollendet, es bedürfe noch der Belehrung und Ueberwachung, die ihm von seinen Eltern nicht zuteil werden könne. Zur Erfüllung der religiösen Pflichten könne es nur in einer Anstalt angeleitet werden. Die Unterbringung in einer solchen Anstalt liege im Interesse der Armenpflege und diene dem Wohle des Mädchens. Das Mädchen und die Eltern, die seit Jahren unentgeltlich im Armenhause wohnten, seien gemäß Art. 30 des Armengesetzes zur Befolgung der Weisungen des Armenpflegschaftsrates verpflichtet. Die Eheleute erklärten, sie wollten ihre Tochter behalten; sie verdiene durch Stricken täglich 50 Pfg., habe auch Verdienst als Taglöhnerin, sie besuche regelmäßig die Kirche. Das Vormundschaftsgericht lehnte die beantragte Anordnung ab, weil die Voraussetzungen des § 1666 BGB. nicht vorlägen. Die Beschwerde des Armenpflegschaftsrats, in der u. a. angeführt wurde, bei dem ehelichen Verkehre der Eltern sei das sittliche Wohl des Mädchens dadurch gefährdet, daß es in dem gemeinschaftlichen Zimmer das Bett mit der Mutter teilen müsse, wurde zurückgewiesen. Auch die weitere Beschwerde wurde zurückgewiesen.

Gründe: Die Armenpflege S., die nach Art. 10, 11 des Armengesetzes die in der Gemeinde heimatberechtigten hilfsbedürftigen Personen zu unterstützen hat, hat ein berechtigtes Interesse im Sinne des § 57 Abs. 1 Nr. 9 FGG., eine Angelegenheit wahrzunehmen, welche die Sorge für die Person eines im Falle der Hilfsbedürftigkeit von ihr zu Unterstützenden betrifft, soweit dabei die Entstehung oder Steigerung einer ihre Unterstützungspflicht begründenden Hilfsbedürftigkeit in Frage kommt. Das Beschwerderecht des Armenpflegschaftsrats unterliegt deshalb keinem Bedenken.[1])

In den Angelegenheiten der freiw. Gerichtsb. kann die weitere Beschwerde nach § 27 FGG. nur

[1]) Ueber das Beschwerderecht öffentlicher Behörden in Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit siehe diese Zeitschrift Bd. 2 S. 425, 426.

darauf gestützt werden, daß die angefochtene Entscheidung auf einer Verletzung des Gesetzes beruhe. Die vom Beschwerdegericht ohne Verletzung des Gesetzes festgestellten Tatsachen sind für das über die weitere Beschwerde entscheidende Gericht maßgebend. Nach der einwandfreien Feststellung des Beschwerdegerichts ist von einem weiteren Erziehungs- und Ausbildungsversuche bei Fr. Sp. kein Erfolg zu erwarten; es kann deshalb dem Vater in dieser Beziehung aus der Verweigerung der Zustimmung zu der Unterbringung der Tochter in der Anstalt in M. kein Vorwurf gemacht werden. Die Umstände, unter denen Fr. Sp. bei ihren Eltern lebt, liegen bei armen Familien häufig vor, ohne daß die Eltern schuldhafter Vernachlässigung der Kinder geziehen werden können. Bei dem vorgeschrittenen Alter der Eheleute Sp. konnte das Beschwerdegericht auch das Zusammenleben in einem Zimmer und die Benutzung desselben Bettes durch Mutter und Tochter für unverfänglich erachten. Für die Annahme, daß eine Ueberwachung der Fr. Sp. notwendig sei, um ihrer Verführung vorzubeugen, fehlt jeder Anhalt. Eine künftige Gefährdung des Wohles des Mädchens durch die Hilfsbedürftigkeit, die ihr im Falle des Todes oder der Erwerbsunfähigkeit der Eltern droht, kann ein Einschreiten nach § 1666 nicht begründen. Die der Armenpflege nach Art. 30 u. 36 Abs. 3 des Armengesetzes zustehenden Befugnisse kommen für die auf Grund des § 1666 zu treffende Entscheidung nicht in Betracht (Beschl. vom 13. September 1906 [FerZS.] Reg. III Nr. 62/06).

726 K.

B. Strafsachen.

In der Pfalz bedarf derjenige, welcher öffentlich ein Karussell aufstellt und dafür Eintrittsgeld erhebt, der Erlaubnis der Ortspolizeibehörde, auch wenn er den Karussellbetrieb an seinem Wohnsitze als stehendes Gewerbe und auf gemietetem Privatgrundstück ausübt, falls jedermann das Privatgrundstück betreten und das Karussell gegen Bezahlung zum Fahren benützen darf. Oeffentlicher Platz im Sinne des § 33b GewO.? Der Angeklagte meldete bei der Gemeindebehörde an, daß er in X, seinem Wohnorte, den Karussellbetrieb als stehendes Gewerbe ausübe; er wird für diesen Betrieb besteuert. Im März und April 1906 stellte er auf einem von ihm gemieteten, in X gelegenen Bauplatze sein Karussell auf und setzte es in Betrieb. Jedermann durfte den Bauplatz betreten und das Karussell gegen Zahlung von 3 Pfg. benützen. Der Angeklagte hatte vorher die Ortspolizeibehörde um die Erlaubnis gebeten, sie wurde ihm verweigert; er setzte das Karussell trotzdem in Betrieb, da ihm eine Fachzeitschrift den Aufschluß erteilt hatte, daß er hierzu polizeilicher Erlaubnis nicht bedürfe.

Aus den Gründen: Nach § 33b GewO. bedarf der Erlaubnis der Ortspolizeibehörde, wer gewerbsmäßig an seinem Wohnorte im stehenden Gewerbebetriebe eine Lustbarkeit, bei der ein höheres Interesse der Kunst oder Wissenschaft nicht obwaltet, auf öffentlichen .... Plätzen darbieten will. Stellt jemand im Betriebe seines Gewerbes ein Karussell auf und erhebt er für dessen Benützung eine Zahlung, so liegt darin die gewerbsmäßige Darbietung einer Lustbarkeit, bei der ein höheres Interesse der Kunst nicht obwaltet; Angeklagter bedurfte der Erlaubnis der Ortspolizeibehörde, wenn er das Karussell an einem öffentlichen Platz in X aufstellen und Eintrittsgeld erheben wollte. Bezüglich der Auslegung des Begriffs „öffentlicher Platz" im Sinne des § 33b GewO. herrscht nicht Uebereinstimmung. Vorherrschend ist die Auslegung, wonach das Gesetz eine Lustbarkeit hat treffen wollen, die auf einem dem allgemeinen öffentlichen Gebrauche dienenden freistehenden Platze dargeboten wird. Hiernach kann von einer auf einem öffentlichen Platze dargebotenen Lustbarkeit nicht gesprochen werden, wenn ein Karussell auf einem im Eigentum eines Privaten stehenden Platze aufgestellt ist, mag das Grundstück auch an der öffentlichen Straße gelegen sein und von ihr aus zur Benützung des Karussells betreten werden können. Diese Anschauung wird vom Revisionsgerichte gebilligt.

Nach Art. 63 Ziff. 2 PStrGB. vom 10. November 1861 wird bestraft, wer ohne polizeiliche Erlaubnis ein Karussell aufstellt und Eintrittsgeld erhebt. Für die Frage, welche Behörde die Erlaubnis zu erteilen habe, sollen die Normen maßgebend sein, die jeweils bezüglich der Zuständigkeit der Polizeibehörden bestehen. Mit Bezug auf Art. 63 sprach § 3 der VO. vom 24. Juni 1862 (RegBl. S. 1418) aus: „Zur Veranstaltung öffentlicher Lustbarkeiten — Art. 63 — ist, insoweit nicht für einzelne Arten besondere Bestimmungen bestehen, die Erlaubnis der Ortspolizeibehörde erforderlich." Das PStrGB. und die VO. vom 24. Juni 1862 sind am 1. Juli 1862 für das ganze Königreich in Wirksamkeit getreten. Hiernach bedurfte, wer in Bayern r. d. Rh. oder der Pfalz ein Karussell aufstellen und Eintrittsgeld erheben wollte, der Erlaubnis der Ortspolizeibehörde. Diese Normen blieben in der Pfalz in Geltung bis zur Einführung des PStrGB. vom 26. Dez. 1871, auch als das Gewerbegesetz vom 30. Januar 1868 für ganz Bayern in Wirksamkeit trat (Art. 16 Abs. I dieses Ges.). Für Bayern r. d. Rh. brachten zum Teil eine Aenderung der Normen die §§ 41, 42 der VO. vom 29. Juli 1863 (RegBl. S. 1489), an deren Stelle später die §§ 4, 7, 8 der VO. vom 3. Juli 1868, die Schau- und Vorstellungen betr. (RegBl. S. 1161) getreten sind. Es entsprach dem bisherigen Rechtszustande, der sich für die Pfalz aus dem § 3 der VO. vom 24. Juni 1862, für Bayern r. d. Rh. aus den §§ 4, 7, 8 der VO. vom 3. Juli 1868 ergab, daß Art. 32 des PStrGB. vom 26. Dez. 1871, dessen strafrechtliche Tatbestände im übrigen denen des Art. 63 des älteren PStrGB. entsprechen, dahin gefaßt wurde: „Bestraft wird, wer ohne die nach Verordnung erforderliche polizeiliche Erlaubnis ein Karussell aufstellt und dafür Eintrittsgeld erhebt." Nach Art. 159 Abs. II PStrGB. vom 26. Dez. 1871 bleiben die bis zum 1. Januar 1872 bestehenden Verordnungen bis zu ihrer Abänderung in Kraft, wenn und soweit über ihren Gegenstand nach Maßgabe des PStrGB. „Vorschriften derselben Art" erlassen werden können. Nach Art. 32 Abs. I Ziff. 1 und 2 PStrGB. sind einer VO. Vorschriften bezüglich der polizeilichen Erlaubnis vorbehalten; diese Vorschriften sind bisher in den § 3 der VO. vom 24. Juni 1862 und den §§ 4, 7, 8 der VO. vom 3. Juli 1868 enthalten gewesen. Im Hinblick auf Art. 159 Abs. II PStrGB. konnte sich die Anschauung bilden, es hätte kein Anlaß dazu bestanden, daß zu Art. 32 PStrGB. eine besondere VO. erlassen wird, da — um nur die Verhältnisse in der Pfalz zu berühren — schon durch § 3 der VO. vom 24. Juni 1862 ausgesprochen sei, daß zur Veranstaltung öffentlicher Lustbarkeiten die Erlaubnis der Ortspolizeibehörde erforderlich ist. Die Richtigkeit dieser Anschauung kann dahin gestellt bleiben mit Rücksicht auf das folgende.

Am 4. Januar 1872 erging die VO., betr. die Zuständigkeit der Verwaltungsbehörden in Sachen des StrGB. und des PStrGB., die nach § 34 für das ganze Königreich am 8. Januar 1872 in Kraft treten sollte und die durch das Kreisamtsblatt der Pfalz (1872 S. 249) verkündet wurde, mithin nach Art. 11 Abs. II PStrGB. auch in der Pfalz zu gelten hat. § 15 dieser VO. lautet: „Zur Veranstaltung öffentlicher Lustbarkeiten und dgl. — Art. 32 — ist, insoweit nicht für einzelne Arten ... andere Bestimmungen bestehen, die Erlaubnis der Ortspolizeibehörde

erforderlich." § 15 stimmt in der Hauptsache mit dem § 3 der VO. vom 24. Juni 1862 überein. Wie dieser durch den Hinweis auf Art. 63 ausdrückt, daß er für alle in Art. 63 Ziff. 1 und 2 bezeichneten Lustbarkeiten die Norm gibt, ebenso hat § 15 der VO. vom 4. Januar 1872 kraft des Hinweises auf Art. 32 PStGB. für alle in Ziff. 1, 2 dieser Vorschrift bezeichneten Lustbarkeiten zu gelten. Das Berufungsgericht räumt ein, daß der Wortlaut des § 15 der VO. vom 4. Januar 1872 zu der Annahme verleiten könnte, daß er „eine direkte materielle Gesetzesvorschrift" treffen wollte; es schließt aber „aus dem Titel" der VO., daß es sich nur „um eine Zuständigkeitsverordnung" handle, folgert aus ihrem Inhalte „§ 15 wolle nur sagen: soweit hinsichtlich der Veranstaltungen im Sinne des Art. 32 PStGB. eine polizeiliche Erlaubnis auf Grund einer VO. erforderlich ist, ist, soferne nicht für einzelne Arten besondere Bestimmungen bestehen, die Ortspolizeibehörde für die Erteilung zuständig", und gelangt zu dem Ergebnisse, daß für die Pfalz eine VO. im Sinne des Art. 32 nicht bestehe. Diese Anschauung ist irrig.

Wie dargelegt, war nach dem früheren PStGB. zur Veranstaltung öffentlicher Lustbarkeiten polizeiliche Erlaubnis erforderlich. Dieses Erfordernis beruhte auf Erwägungen der Gewerbepolizei und auf Rücksichten auf die öffentliche Ruhe, Ordnung und Sicherheit (2. Hauptstück des PStGB. von 1861). Es fehlt jeder Anhaltspunkt dafür, daß der Gesetzgeber durch das neue PStGB. eine Aenderung des Rechtszustandes herbeiführen und daß er, nachdem durch die VO. vom 3. Juli 1868 im rechtsrh. Bayern die Veranstaltung von Lustbarkeiten von verschärften Bedingungen (auch von polizeilicher Erlaubnis) abhängig gemacht worden war, die Veranstaltung von Lustbarkeiten in der Pfalz freigeben wollte. Hätte der Gesetzgeber — sei es für Bayern r. d. Rh. oder für die Pfalz — eine Aenderung des geltenden Rechtes beabsichtigt, so wäre eine Norm des vom Berufungsgericht angenommenen Inhaltes verfrüht und überflüssig gewesen. Man darf ohne zureichenden Grund dem Gesetzgeber nicht zutrauen, daß er in § 15 eine zunächst jeder Bedeutung entbehrende Norm aufstellen wollte, muß vielmehr annehmen, daß durch § 15 eine Norm materiellen Rechtes und eine Zuständigkeitsnorm aufgestellt, hiernach ausgesprochen werden sollte, nicht nur, daß zur Veranstaltung von Lustbarkeiten im Sinne des Art. 32 PStGB. eine polizeiliche Erlaubnis erwirkt werden muß, sondern auch, daß die Ortspolizeibehörde für die Erteilung zuständig ist. Hiernach bestand in der Pfalz von der Zeit der Geltung des PStGB. vom 26. Dez. 1871 und der VO. vom 4. Jan. 1872 an für den, der ein Karussell aufstellen und Eintrittsgeld erheben wollte, die Pflicht, die Erlaubnis der Ortspolizeibehörde zu erwirken. Zu der Zeit, da das PStGB. vom 26. Dez. 1871 und die VO. vom 4. Jan. 1872 im ganzen Königreich in Wirksamkeit traten, galt im gleichen Umfange noch das Gewerbegesetz vom 30. Jan. 1868. An dessen Stelle sind vom 1. Jan. 1873 an die Bestimmungen der GewO. (§ 1 Abs. I Ges. v. 12. Juni 1872) getreten. Von diesen bezogen sich die §§ 42, 55 bis 63 auf die gewerbsmäßige Darbietung von Schaustellungen, bei denen ein höheres wissenschaftliches oder Kunstinteresse nicht obwaltet, sie sind auf Grund der Novelle vom 1. Juli 1883 durch die §§ 33a, b, c, 55 Abs. 1 und Z. 4, 60a ersetzt worden. Das Oberste LG. hat ständig ausgesprochen, daß gegenüber dem § 33b GewO. die Landesgesetzgebung die Befugnis hat, Vorschriften zu erlassen, die eine Beschränkung der Ausübung des Gewerbebetriebes enthalten. Eine Beschränkung dieser Art liegt in der zu Art. 32 PStGB. erlassenen Vorschrift des § 15 der VO. vom 4. Jan. 1872, wonach derjenige, welcher eine öffentliche Lustbarkeit, Schau- oder Vorstellung unternimmt, die Erlaubnis der Ortspolizeibehörde einzuholen hat. Nach der Vorschrift des Art. 32, der zum Schutze der öffentlichen Ruhe, Ordnung und Sicherheit erlassen wurde, ist es eine öffentlich unternommene Lustbarkeit, wenn ein Karussell an einem für jedermann frei zugänglichen Platz aufgestellt ist, gleichviel ob der Platz zu den öffentlichen Plätzen gehört oder im Eigentum eines Privaten steht und von ihm dem Unternehmer des Karussellbetriebs zur Ausübung des Betriebs überlassen und jedermann frei zugänglich gemacht ist. Indem Art. 32 Abs. I Z. 2 PStGB. ausspricht, daß die Aufstellung eines Karussells ohne die nach der VO. erforderliche polizeiliche Erlaubnis strafbar ist, enthält er die Vorschrift eines polizeilichen Gebotes oder Verbotes an einzelne Personen im Sinne des Art. 1 Abs. III PStGB. Die Zuständigkeit zur Erlassung eines solchen Gebotes oder Verbotes richtet sich, soweit das Gesetz nicht hierfür Maß gibt, nach den bestehenden oder künftigen VO. über die Zuständigkeit der Behörden. Eine VO. der im § 1 Abs. III bezeichneten Art liegt, wie ausgeführt, im § 15 der VO. vom 4. Jan. 1872 vor; es ist also die Ortspolizeibehörde zuständig, an einzelne Personen bezüglich der Aufstellung eines Karussells ein Gebot oder Verbot zu erlassen. (Urt. v. 30. Oktober 1906. Rev. Reg. 386/06).

747 Mitgeteilt von Landgerichtsrat Hagen in Frankenthal.

Oberlandesgericht München.

Streitwert der Klage auf Nichtigkeit eines Tauschvertrags; Festsetzung nach Prozeßabschnitten. St. klagt gegen Gl. auf Nichtigerklärung eines Tauschvertrags und Rückübertragung von fünf in Erfüllung dieses Vertrags zedierten Hypotheken zu insgesamt 110000 Mk. mit der Angabe, der tatsächliche Wert dieser Hypotheken stehe ihrem Nennwert gleich. Im Prozeßlauf wurde die Klage dahin erweitert, daß neben der Nichtigerklärung Urteil auf Zahlung von 110000 Mk., event. des Wertes der fünf Hypotheken salv. liquid sowie auf Befreiung von der Restschuld zu 65000 Mk. begehrt wurde. Der Rechtsstreit wurde schließlich verglichen. Auf gemeinsamen Antrag der Parteien, den Streitwert auf 30000 Mk. als das Interesse an der Aufrechthaltung des Vertrags zu bemessen, setzte ihn das Landgericht auf 110000 Mk. fest, weil diese Summe nach der eigenen Behauptung der Klagspartei über den Wert der Hypotheken mindestens als deren Interesse in Betracht komme, da dieser ziffermäßige Anspruch ausdrücklich neben dem Nichtigkeitsausspruch zum Gegenstand des Klagantrags gemacht worden sei. Hiergegen legte der Fiskus Beschwerde mit dem Antrag ein, den Streitwert auf 175000 Mk. zu erhöhen, weil die Klagepartei auch einen Berufungsanspruch in Höhe von 65000 Mk. geltend gemacht habe. Daraufhin änderte das LG. seine Wertfestsetzung dahin, daß der Streitwert bis zum 4. Juli 1905 (Tag der Klagserweiterung) auf 110000 Mk., von da ab auf 175000 Mk. anzunehmen sei, eine weitergehende Abhilfe wurde abgelehnt. Nunmehr legten beide Parteien Beschwerde ein, und zwar die Klagepartei gegen die nachträgliche Erhöhung des Streitwerts, weil der Befreiungsantrag einen bestimmten Geldwert nicht habe, übrigens der wirkliche Wert auch hinsichtlich der Hypotheken hinter dem Nennwert zurückbleibe; dagegen begehrte die beklagte Partei Festsetzung auf 35000 Mk. als Differenz der Reinwerte der beiden Tauschobjekte. Das Erstgericht verweigerte die weitere Abhilfe; der Fiskus hielt seine Beschwerde, soweit nicht durch die Abhilfe erledigt, nicht mehr aufrecht. Das OLG. wies die Parteibeschwerden zurück.

Aus den Gründen: Bei Klagen auf Vertragsaufhebung erleidet das freie Ermessen (§ 3 ZPO.) bezüglich des Streitwerts eine Einschränkung für den Fall,

daß neben der Aufhebung noch weitere ziffermäßige Ansprüche geltend gemacht werden. Diese Ansprüche sind mitzuberücksichtigen und es kann deshalb der Streitwert nicht hinter deren Betrag zurückbleiben (JW. 99, 27; 04, 64; Willenbücher S. 104). Da in der Klage neben dem Nichtigkeitsausspruch die Rückübertragung von Hypotheken im angeblichen Werte von 110000 Mk. begehrt und mittels Klagänderung der Antrag auf Zahlung von 110000 Mk. und Befreiung von einer Schuld zu 65000 Mk. gerichtet wurde, durfte für die Zeit bis zum 4. Juli 1905 der Streitwert nicht unter 110000 Mk. fixiert werden und er mußte sich nach diesem Tage um 65000 Mk. erhöhen, weil das vermögensrechtliche Interesse an der Entlastung von einer Schuld durch den Schuldbetrag bestimmt wird. Ob der Befreiungsantrag notwendig oder begründet war, ist für den Streitwert belanglos. (Beschl. v. 4. Dez. 1906; BeschwR. 645/06 IV). N.

727

Oberlandesgericht Bamberg.

Mitverschulden bei Beschädigung durch den Hufschlag eines Pferdes durch Reizen, zu große Annäherung. Einfluß der Kenntnis von der Bösartigkeit des Tieres. §§ 833, 254 BGB. Der Kläger wurde durch einen Hufschlag des dem Beklagten gehörigen Pferdes verletzt und verlangt Schadensersatz. Letzterer macht Mitschuld des Klägers geltend.

Aus den Gründen des Berufungsurteils: Es ist allgemein anerkannt, daß auch im Falle des § 833 BGB. die Vorschriften des § 254 Anwendung finden, wenn dem Beschädigten selbst ein Verschulden zur Last fällt. Liegt ein Verschulden des Tierhalters nicht vor, so kann allerdings Abwägen des beiderseitigen Verschuldens im Sinne des § 254 in der Weise stattfinden, daß geprüft wird, ob der Schaden vorwiegend durch das Verschulden des Verletzten oder durch die gefahrbringende Tatsache des Tierhaltens verursacht worden ist, und jedenfalls kann das Maß der Verschuldung auf Seite des Verletzten von Bedeutung sein (Staudinger, 2. Aufl. § 833 Ziff. 5e β; Oertmann, Schuldverh., 2. Aufl. § 254 Ziff. 3). Die Haftung des Tierhalters fällt danach weg, wenn der Verletzte durch sein schuldhaftes Benehmen, z. B. durch Reizen des Tieres oder zu nahes Herantreten an dessen Käfig, den Schaden selbst vorwiegend verursacht hat. Hier soll der Kläger das Pferd durch Kitzeln oder sonstwie zum Ausschlagen gereizt haben und zu nahe an den Hinterteil des Pferdes herangetreten sein. Der Kläger bestreitet jede Reizung des Pferdes; beweispflichtig ist der Beklagte. Dieser hat dem Kläger den Eid darüber zugeschoben, welcher ihn auch annahm. Der Eid war als erheblich aufzuerlegen. Auch in dem Herantreten des Klägers an das Pferd in gefahrvolle Nähe kann ein vorwiegendes Verschulden liegen. Verschulden ist gleichbedeutend mit Vorsatz oder Fahrlässigkeit im Sinne des § 276 BGB. Hier kommt nur letztere in Frage. Fahrlässigkeit ist die Außerachtlassung der für die Verhältnisse der betreffenden Art im Verkehr geforderten Sorgfalt (Oertmann a. a. O. § 276 Ziff. 1 b). Diese Sorgfalt gebietet, da bekannt ist, daß Pferde leicht ohne erkennbare Ursache mit den Hinterfüßen ausschlagen, sich in einer entsprechenden Entfernung vom Hinterteil des Tieres zu halten. Es ist, da der Eintritt einer Beschädigung als möglicher Erfolg des Tieres wohl voraussehbar ist, unvorsichtig, sich in dieser Richtung einem Pferde, dessen Eigenschaften man nicht kennt, so weit zu nähern, daß man von einem Hufschlag getroffen werden kann; insbesonders ist eine solche Annäherung schuldhaft, wenn sie durch die Umstände des Falles nicht veranlaßt war, sondern vermieden werden konnte. Hier steht durch den Unfall selbst fest, daß sich der Kläger zu nahe an das Pferd hinbegeben hat. Nach den Raumverhältnissen konnte sich der Kläger in ausreichender Entfernung vom Pferde halten. Anfangs, als das Tier vom Bauern zum Stalle zurückgeführt wurde, ging er 3—4 m hinter ihm; hätte er diese Entfernung eingehalten, so wäre das Unglück vermieden worden. Er tat dies aber nicht, sondern ging näher als 1 m an den Hinterteil des Pferdes hin. Diese Nähe war gefahrvoll; der Kläger, ein Viehhändler, wußte dies. Sein Benehmen war also fahrlässig. Ob sein Verhalten nur ein die Minderung seines Anspruchs rechtfertigendes Mitverschulden oder ein ihn ganz ausschließendes überwiegendes Verschulden darstellt, hängt davon ab, ob er die Bösartigkeit des Pferdes kannte; denn es ist grobe Fahrlässigkeit, wenn jemand, obwohl er weiß, daß das Pferd ein Schläger ist, ohne Not ganz nahe an dessen Hinterteil hingeht, während es milder zu beurteilen ist, wenn diese Kenntnis fehlt (JWSchr. Bd. 34, S. 44, 45, 77). Es steht also jetzt schon fest, daß dem Kläger wenigstens ein Mitverschulden zur Last fällt, welches die Minderung seines Anspruchs um die Hälfte begründet; insoweit war die Klage schon jetzt abzuweisen. Kannte aber der Kläger zur Zeit des Unfalles das Pferd als zum Ausschlagen geneigt, so fällt ihm ein vorwiegendes, jeden Anspruch beseitigendes Verschulden zur Last. Es war dem Kläger auch hierüber der zugeschobene Eid aufzuerlegen. (Urteil vom 23. Juni 1906, BerReg. 223/05. I. ZS.).

716 Mitgeteilt von Oberlandesgerichtsrat Schäfer in Bamberg.

Oberlandesgericht Nürnberg.

Zur Frage der Uebertragbarkeit der sog. Deflorations-Entschädigungsforderung des früheren Rechtes. Am 5. Januar 1898 gebar die minderjährige Karolina W. ein uneheliches Kind, das in Nürnberg innerhalb der Ringmauern gezeugt war. Zu Protokoll des Amtsgerichtes N. vom 17. Februar 1898 beanspruchte sie unter Zustimmung ihres gesetzlichen Vertreters vom jetzigen Beklagten als Vater ihres unehelichen Kindes eine sog. Deflorations-Entschädigung von 5000 Mk. Zu Protokoll des Amtsgerichtes M. vom 10. März 1898 erklärte sich der Beklagte, der bereits großjährig war, zur Zahlung der 5000 Mk. bereit. Von dieser Erklärung erhielten die Karolina W. und ihr gesetzlicher Vertreter an ihrem Wohnsitze in Nürnberg außerhalb der Ringmauern Kenntnis. Dort befand sich auch der Wohnsitz der Eltern des Beklagten. Am 27. Februar 1904 trat die inzwischen großjährig gewordene Karolina W. von ihrer Forderung zu 5000 Mk. einen Teilbetrag von 3000 Mk. an den jetzigen Kläger ab. Auf die Zahlungsweigerung des Beklagten erhob der neue Gläubiger Klage, die in beiden Instanzen Erfolg hatte.

Aus den Gründen: An die Stelle der nach dem Rechte des Ortes der Schwängerung d. i. nach dem gemeinen Rechte begründeten Wahlschuld des Beklagten auf Ehelichung oder Entschädigung der Karolina W. trat durch die zwischen dem Beklagten und der Karolina W. unter Genehmigung ihres gesetzlichen Vertreters getroffene Vereinbarung die Verpflichtung des Beklagten zur Zahlung einer Entschädigung von 5000 Mk. Der Ort, wo dieser Vertrag durch Empfang der Erklärung des Beklagten zustande kam (Windscheid § 306), befindet sich außerhalb der Ringmauern Nürnbergs, also im damaligen Geltungsgebiete des Allg. Preuß. LdR.; zu erfüllen war dieser Vertrag an dem Wohnsitze des Schuldners, den er mit seinen Eltern teilte, sohin ebenfalls in N. außerhalb der Ringmauern Für das durch die Vereinbarung begründete Schuldverhältnis kommt sonach, mag man das Recht des Erfüllungsortes oder das Recht des Ortes des Vertragsabschlusses für maßgebend erachten, das Allg. Preuß. LdR. in Betracht (Art. 170 EG. z. BGB.; Habicht, Die Einwirkung des BGB., 2. Aufl.

§ 58 IV.). Dieses Recht ist auch entscheidend für die Frage der Uebertragbarkeit der Entschädigungsforderung der Karoline W., während sich die Wirkungen der Forderungsabtretung nach dem BGB. § 401 ff. bemessen (Habicht, a. a. O. § 26 I.). Der Charakter der Forderung als einer Entschädigung aus dem Grunde der Schwängerung wurde durch die Tatsache der Uebertragung auf den Kläger nicht geändert. Die Frage der vom Beklagten wegen ihrer angeblich höchst persönlichen Natur bestrittenen Uebertragkeit dieser Forderung ist zu bejahen. Nach dem früheren Rechte hatte die Klage auf Deflorations-Entschädigung den Charakter einer Schadensklage, deren Anspruch z. B. nach den Bestimmungen des gemeinen Rechts und des bayer. LdR. auf die Erben der Geschwächten überging und also von ihr auch bei Lebzeiten auf andere übertragen werden konnte (Windscheid § 493 Anm. 7, Danzer, bayer. LdR. IV. c. 16 § 6[6]). Auch das Preuß. LdR. in seiner hier in Betracht kommenden ursprünglichen Gestaltung wie in seiner Abänderung nach dem Gesetze vom 24. April 1854 behandelte den sog. Deflorationsanspruch in gleicher Weise (Förster-Eccius, 6. Aufl., Bd. 4 § 217). Nach T. II. Tit. 1 § 1073 ist der unbescholtenen nicht unter dem Versprechen der Ehe Geschwächten das Recht auf Entschädigung eingeräumt, dieses Recht aber durch die Berechtigung des Schwängerers, die Geschwächte zu heiraten, beschränkt. Mit Rücksicht auf dieses dem Schwängerer eingeräumte Wahlrecht, mag es nun als Ausfluß einer Wahlschuld (obligatio alternativa) oder lediglich einer wahlweisen Leistungsbefugnis (facultas alternativa) zu erachten sein, bestimmt § 1100 a. a. O., daß die Erben der Geschwächten eine Ausstattung nur insofern fordern können, als sie der Erblasserin in einer Kapitalssumme bereits rechtskräftig zuerkannt war. Im gegebenen Falle, wo ein Wahlrecht des Schwängerers überhaupt ausgeschlossen ist, kann also die Vererblichkeit und Uebertragbarkeit der Forderung der Karolina W. nicht bezweifelt werden. Es stehen nicht die eben angeführten Bestimmungen des Allg. Preuß. LdR. noch auch seine allgemeinen Vorschriften über die Abtretung von Rechten (§ 99 Einleitung; § 382 ff., T. I. Tit. 11) entgegen. Mit der vertragsmäßigen Beseitigung des Rechts auf Ehelichung entbehrt auch der Einwand des Beklagten, daß die Forderung noch nicht fällig sei, der Begründung. Ein Fälligkeitstermin war nicht vereinbart, die Forderung konnte somit jederzeit geltend gemacht werden. (Urt. vom 23. Nov. 1906).

710 D.

Oberlandesgericht Augsburg.

Befugnis zur Einsicht der Fideikommißakten. In der Nachlaßsache eines Fideikommißbesitzers war auch eine seiner Töchter als Miterbin beteiligt. Sie ließ durch ihren Anwalt an das Fideikommißgericht den Antrag stellen, die Fideikommißakten zur Einsicht durch ihn an das Amtsgericht seines Wohnortes zu senden, um feststellen zu können, welche Mobilien nach den Akten des Fideikommißgerichts zum Fideikommiß gehören, damit deren Aufnahme in das zu errichtende Nachlaßinventar unterlassen werden könne. Der Antrag wurde durch Beschluß des Fideikommißgerichts vom 19. November 1906 aus folgenden Gründen zurückgewiesen: Die Fideikommißakten haben nur den Interessen des Fideikommisses und gemäß § 13 der Instruktion über die Behandlung der Familienfideikommisse vom 3. März 1857 als Ergänzung der Fideikommißmatrikel zu dienen. Deshalb ist die Einsicht der Matrikel und der zu ihrer Ergänzung bestimmten Spezialakten nach Art. 134 AG. z. BGB., § 11 GBO. und § 34 FGG. nur demjenigen gestattet, der ein berechtigtes Interesse darlegt und glaubhaft macht (vgl. auch Entsch. des OGH. Bd. 12 S. 130). Aus dem Inhalte des Antrags ergibt sich aber kein derartiges Interesse; vielmehr ist aus ihm zu entnehmen, daß die Einsicht der Fideikommiß-Spezialakten nur dazu dienen soll, die Interessen der Allodialerbin im Gegensatze zu ihrem Interesse als eventueller Fideikommißanwärterin zu dienen.

721 Mitget. von Oberlandesgerichtsrat Donle in Augsburg.

Literatur.

Henle, Dr. Wilhelm von, Staatsrat, Ministerialdirektor im K. bayer. Staatsministerium der Justiz. Das Bayerische Gesetz zur Ausführung der Reichs-Zivilprozeßordnung und Konkursordnung. Als dritte Auflage der Erläuterungen des Gesetzes vom 23. Februar 1879 bearbeitet von **Emanuel Habel,** K. II. Staatsanwalt in München. München 1907, C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung (Oskar Beck). Preis gebd. Mk. 2.25.

Das AG. zur ZPO. ist eines der wichtigsten bayerischen Gesetze. Wenn es auch jetzt nicht mehr die nämliche Bedeutung hat, wie vor dem 1. Januar 1900, so kommt es doch in der Praxis noch recht häufig zur Anwendung. Es gehört zu den Gesetzen, mit denen sich der in die Praxis übertretende junge Jurist bald vertraut zu machen hat. Die vorliegende vortreffliche Ausgabe ermöglicht rasche Orientierung über den Zusammenhang des Gesetzes mit anderen und über den Stand seiner Auslegung. Die Erläuterungen berücksichtigen insbesondere die bis zur jüngsten Zeit veröffentlichte bayerische Rechtsprechung. — — n.

Notizen.

Anwendung der für den bedingten Strafaufschub (die bedingte Begnadigung) geltenden Vorschriften im Jahre 1906. Die Statistik für 1906 (bearbeitet im Justizministerium) zeigt wieder ein ganz ungewöhnliches Anwachsen der Fälle, in denen von der Einrichtung der bedingten Begnadigung Gebrauch gemacht wird. (Wegen der Ergebnisse der Jahre 1899 bis 1905 vgl. die „Ergebnisse der Zivil- und Strafrechtspflege und Bevölkerungsstand der Gerichtsgefängnisse und Strafanstalten des Königreichs Bayern im Jahre 1905" [München 1906, Christian Kaiser] Tabelle XX S. 100). Es wurde im Jahre 1906 einer Zahl von 3635 Personen bedingter Strafaufschub bewilligt (1905: 2653; 1899: 697; die Zahl des Jahres 1906 ist 5,2 mal so groß wie die des Jahres 1899; seit 1899 haben insgesamt 14 201 Personen bedingten Aufschub erhalten). Unter den im Jahre 1906 bedingt Begnadigten befinden sich 2679 oder 73,7 %, die bei Begehung der strafbaren Handlung das 18. Lebensjahr noch nicht vollendet hatten (Jugendliche), 956 oder 26,3 %, die älter waren (1905: 74,2 % Jugendliche und 25,8 % ältere Personen). 3552 oder 97,8 % der bedingt Begnadigten hatten Freiheitsstrafen wegen eines Verbrechens oder Vergehens noch nicht verbüßt, bei 83 oder 2,2 % war das der Fall (1905: 1,4 % schon bestrafte Personen). Von den 3635 Strafen, deren Vollstreckung ausgesetzt wurde, waren 416 oder 11,5 % wegen eines Verbrechens, 1832 oder 50,4 % wegen eines Vergehens, 1387 oder 38,1 % wegen einer Uebertretung ausgesprochen worden. (1905: Verbrechen 10,3 %, Vergehen 50,5 %, Uebertretungen 39,2 %). 2 (0,1 %) waren Zuchthausstrafen, 2241 (61,7 %) Gefängnisstrafen und 1392 (38,2 %) Haftstrafen. (1905: Zuchthausstrafen 0,2 %, Gefängnisstrafen 60,4 %, Haftstrafen 39,4 %). Die Dauer der 2241 Gefängnisstrafen betrug mehr als 6 Monate in 11 Fällen (0,5 %), mehr als 3 bis zu 6 Monaten in 61 Fällen (2,7 %), mehr als 1 Monat bis zu 3 Monaten in 136 Fällen (6,1 %), mehr als 1 Woche bis zu 1 Monat in 525 Fällen (23,4 %), 1 Woche oder weniger in 1508 Fällen (67,3 %).

(Die entsprechenden Prozentzahlen für 1905 sind 1,2; 1,8; 5,8; 23,6; 67,6). Die Dauer der festgesetzten Bewährungsfristen betrug weniger als 2 Jahre in 1476 Fällen oder 40,6%, 2 bis 3 Jahre in 117 Fällen oder 3,2%, 3 Jahre oder mehr in 2042 Fällen oder 56,2%. (1905: entsprechende Prozentzahlen 41,6; 5,1; 53,3).

Erledigt haben sich im Jahre 1906 insgesamt 1736 Fälle, in denen im gleichen oder einem früheren Jahre eine Bewährungsfrist bewilligt worden war, und zwar 1278 (73,6%) durch endgültige Begnadigung, 405 (23,3%) durch Einleitung der Strafvollstreckung, 53 (3,1%) auf andere Art (z. B. durch den Tod des Verurteilten). (Prozentzahlen 1905: Begnadigungen 67,4, Widerrufe 30,8, Erledigungen anderer Art 1,8). Die Zahl der Erledigungen durch Begnadigung verhält sich zur Zahl der Erledigungen durch Vollstreckung wie 100; 32 (1905 war das Verhältnis 100: 45; das Ergebnis des Jahres 1906 ist also weit günstiger). Von den 1278 endgültig begnadigten Personen waren 875 oder 68,6% „Jugendliche“, 403 oder 31,5% ältere Verurteilte (1905: 79,3% Jugendliche, 20,7% ältere Verurteilte). Unter den endgültig Begnadigten befanden sich 9, die vor der Begehung der strafbaren Handlung, hinsichtlich deren die Bewährungsfrist bewilligt worden war, schon eine Freiheitsstrafe wegen eines Verbrechens oder Vergehens erstanden hatten (1905: 0). Erlassen wurden 801 Haftstrafen und 477 Gefängnisstrafen. Die Dauer der 477 Gefängnisstrafen betrug mehr als 6 Monate in 3 Fällen, mehr als 3 bis zu 6 Monaten in 6 Fällen, mehr als 1 Monat bis zu 3 Monaten in 15 Fällen, mehr als 1 Woche bis zu 1 Monat in 82 Fällen, 1 Woche oder weniger in 371 Fällen (1905 waren die entsprechenden Zahlen 0, 1, 19, 52, 279). Erledigt haben sich durch endgültige Begnadigung in dem ganzen Zeitraum von 1899 bis 1906 insgesamt 5520 Fälle.

In den 405 Fällen, in denen es zum Widerrufe kam, waren 352 jugendliche (86,9%) und 53 ältere Personen (13,1%) beteiligt. (1905: 83,4 jugendliche und 16,6 ältere Verurteilte). Es waren unter ihnen 9 = 2,2% schon früher bestrafte Personen (1905: 11). Wieder eingeleitet wurde die Vollstreckung von 97 Haftstrafen und 308 Gefängnisstrafen. Von letzteren hatten eine Dauer von mehr als 3 bis zu 6 Monaten 5, von mehr als 1 Monat bis zu 3 Monaten 15, von mehr als 1 Woche bis zu 1 Monat 81, von einer Woche oder weniger 207. (Entsprechende Zahlen für 1905: 1, 12, 67, 193). Im ganzen Zeitraum von 1899 bis 1906 haben sich durch Widerruf insgesamt 1739 Fälle erledigt.

Abhaltung der 2. Prüfung für den höheren Justiz- und Verwaltungsdienst. Wichtig für die im Vorbereitungsdienste stehenden Rechtspraktikanten ist die im JMBl. Nr. 1 für 1907 auf S. 2 veröffentlichte Bekanntmachung der Staatsministerien der Justiz und des Innern vom 3. Januar 1907. Die Rechtspraktikanten werden künftighin zur Ablegung der 2. Prüfung grundsätzlich an den Sitz der Kreisregierung verwiesen werden, in deren Bezirk ihre Eltern wohnen, und bei Unzulänglichkeit der daselbst verfügbaren Räume an einen benachbarten Prüfungsort. Darauf, an welchem Orte der letzte Vorbereitungsdienst geleistet wurde, wird keine Rücksicht mehr genommen werden. Diese Anordnung dürfte wohl darauf zurückzuführen sein, daß sich in den letzten Jahren in München ein immer mehr steigender Andrang gezeigt hat, so daß zu befürchten war, es möchte bei fortgesetzter Steigerung Mangel an geeigneten Räumen eintreten. Auch bestand wohl die Gefahr, daß sich die Ueberwachung der Kandidaten bei der Prüfung mit dem Anwachsen ihrer Zahl immer schwieriger gestalten werde.

Der Umstand, daß sich eine immer größere Zahl von Rechtspraktikanten bei den Münchener Gerichten zusammendrängt, hat, wie hier nebenbei bemerkt sein mag, schon in mehrfacher Richtung Mißstände hervorgerufen. Die Unterbringung stößt auf Schwierigkeiten und die Gerichtsvorstände sind kaum mehr in der Lage, die richtige Ausbildung und Unterweisung zu überwachen. Anderseits werden die kleineren Gerichtssitze entvölkert und es werden dadurch den minder bemittelten Rechtspraktikanten, die sich die Uebersiedelung in eine größere Stadt versagen müssen, die Vorteile entzogen, die sich aus der Bildung von Uebungskursen in mittleren und kleinen Städten und aus der Möglichkeit gemeinsamer Vorbereitung mehrerer Kandidaten ergeben würden.

Zum Vollzuge des Weingesetzes. Durch § 20 lit. b des Weingesetzes vom 24. Mai 1901 wurde der Bundesrat ermächtigt, Grundsätze aufzustellen, die gemäß § 2 Nr. 4 Halbsatz 2 des Gesetzes für die Festsetzung des Durchschnittsgehalts des Weines an Extraktstoffen und Mineralbestandteilen maßgebend sein sollen. (Nr. I der Ausführ.-Vorschr. des Bundesrats vom 2. Juli 1904, RGBl. S. 257). In der zur Ausführung des Weingesetzes erlassenen Bek. des Statsministeriums des Innern vom 24. September 1901 (Amtsbl. des Ministeriums des Innern für 1901 S. 461) ist unter Ziff. 3 Satz 2 und 3 darauf aufmerksam gemacht worden, daß bei der Beratung der Ausführungsvorschriften anerkannt wurde, daß in einzelnen Gegenden bisweilen zu Verschnittzwecken dienende Rotweine (Portugieser) vorkommen, die auch im ungezuckerten Zustande unter den festgesetzten Grenzen bleiben. Es sollte daher vor Beanstandung solcher Weine besonders darauf geachtet werden, ob das Zurückbleiben hinter den Grenzzahlen auf dem Zusatze von wässeriger Zuckerlösung beruht. Der Bundesrat hat nunmehr in einem Beschlusse vom 25. Oktober 1906 anerkannt, daß kein Anlaß zu der Einräumung einer Ausnahmestellung für Portugieserweine mehr besteht. Die Sätze 2 und 3 der Ziffer 3 der Bekanntmachung vom 24. September 1901 sind deshalb aufgehoben worden (Bek. des Staatsministeriums des Innern vom 17. Dezember 1906, JMBl. Nr. 1 für 1907 S. 2).

Den sog. Befähigungsnachweis für das Baugewerbe hat die jüngste Novelle zur Gewerbeordnung, die als RG. vom 7. ds. Mts. im RGBl. S. 3 veröffentlicht ist, zum Gegenstand. Die §§ 35 und 54 GO. haben hierdurch Zusätze erhalten, außerdem sind zwei neue (§§ 35a und 53a) eingefügt. Entgegen dem ursprünglichen Verlangen aus beteiligten Kreisen, die Voraussetzungen zu normieren, unter denen jemand das Baugewerbe betreiben dürfe, bestimmt der neue Abs. 5 in § 35, daß „der Betrieb des Gewerbes als Bauunternehmer und Bauleiter sowie der Betrieb einzelner Zweige des Baugewerbes zu untersagen ist, wenn Tatsachen vorliegen, welche die Unzuverlässigkeit des Gewerbetreibenden in bezug auf diesen Gewerbebetrieb dartun“. Nach § 53a kann ferner die untere Verwaltungsbehörde bestimmten, ungeeigneten Personen im Einzelfalle die Ausführung oder Leitung gewisser (schwierigerer) Bauten untersagen; weitergehende landesrechtliche Bestimmungen (vgl. § 72 Abs. 2 der allgemeinen, § 91 Abs. 2 der Münchener Bauordnung) bleiben unberührt. Das Verfahren ist in beiden Fällen in die Hände der Verwaltungsbehörden gelegt und näher geregelt. Die Novelle tritt am 1. April ds. J. in Kraft. Dr. Sch.

Druckfehlerberichtigung.

Nr. 1 S. 20 Zeile 5 von oben lies „21. April 1810“ statt „20. April 1870.“

Verantwortl. Herausgeber: Th. von der Pfordten, K. Landgerichtsrat, verw. im Staatsministerium d. Justiz.

Eigentum von J. Schweitzer Verlag (Arthur Sellier) in München
Druck von Dr. Franz Paul Datterer & Cie., G. m. b. H., Freising.

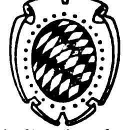
Nr. 4. München, den 15. Februar 1907. 3. Jahrg.

Zeitschrift für Rechtspflege in Bayern

Herausgegeben von
Th. von der Pfordten
K. Landgerichtsrat, verw. im K. Bayer. Staatsministerium der Justiz.

Verlag von
J. Schweitzer Verlag
(Arthur Sellier)
in München, Lenbachplatz 1.

Die Zeitschrift erscheint am 1. und 15. jeden Monats im Umfange von mindestens 2 Bogen. Preis vierteljährlich Mk. 3.—. Bestellungen übernimmt jede Buchhandlung und Postanstalt (Postzeitungsliste für Bayern Nr. 974a).



Redaktion und Expedition: München, Lenbachplatz 1. Insertionsgebühr 30 Pfg. für die halbgespaltene Petitzeile oder deren Raum. Bei Wiederholungen Rabatt. Stellenanzeigen 20 Pfg. Beilagen nach Uebereinkunft.

Einige Bemerkungen über die sog. „mündliche" Anweisung.

Von Oberlandesgerichtsrat **Lanz** in Zweibrücken.

Das BGB. behandelt in den §§ 783 ff. das Rechtsinstitut der Anweisung, wobei es vom Zweck der Anweisung ausgehend zwei Hauptkategorien annimmt, nämlich

1. die Fälle, in welchen dem Anweisenden eine Verbindlichkeit gegenüber dem Anweisungsempfänger obliegt, deren Erfüllung vermittelt werden soll,
2. die Fälle der sog. Kreditanweisung.

Die einzelnen Erscheinungsformen können innerhalb des durch diese beiden Kategorien umschriebenen Anwendungsgebiets überaus mannigfaltig sein. Die Untersuchungen mit Rücksicht auf das frühere Doppelmandat und die von einigen behauptete Identität der Anweisung mit dem Inkassomandat mögen zur wissenschaftlichen Vertiefung der einschlägigen Fragen erheblich beigetragen haben, für die Praxis haben sie aber kaum mehr als akademische Bedeutung.

Ausdrücklich regelt das BGB. nur die *schriftliche, auf Geld, Wertpapiere und andere vertretbare Sachen gerichtete Anweisung*, welche sich von der kaufmännischen Anweisung des § 363 HGB. nur dadurch unterscheidet, daß letztere von einem Kaufmann ausgestellt, von einer Gegenleistung unabhängig und indossabel sein muß. Insofern nun das Gesetz die Anweisung selbständig unter eigenem Abschnitt und genauer Vorschrift der einzelnen Erfordernisse mit besonderer Betonung der verschärften Schriftform (Denkschrift S. 94/95) behandelt und mit keiner Silbe von einer anders gearteten Anweisung spricht, sollte man bei der sonstigen zielbewußten Klarheit und Schärfe der Kodifikation annehmen dürfen, daß aus den Aeußerungen des Rechtsverkehrs kein Bedürfnis zur Anerkennung einer anderen als der ausdrücklich geregelten Anweisung hervorgetreten sei oder sich geltend mache.

Gleichwohl erkennt die herrschende Rechtslehre die Existenz einer *mündlichen Anweisung* an, auf welche die für die schriftliche gegebenen Rechtsregeln analoge Anwendung zu finden hätten. Hiernach gäbe es außer der schriftlichen Anweisung des Handels- und bürgerlichen Rechtsverkehrs noch eine mündliche, aber in keinem der beiden einschlägigen Gesetze irgendwie erwähnte Anweisung.

Man wird annehmen dürfen, daß — abgesehen von der Anlehnung an ältere Rechte — die in den Motiven zum BGB. (Band II S. 558) enthaltene Ausführung

> „einer Anweisung, welche von dem Anweisenden nur mündlich, etwa bei gleichzeitiger Anwesenheit des Empfängers und des Angewiesenen, sowohl an den einen als an den andern gerichtet würde, ist, wenn auch der Entwurf schweigt, die Gültigkeit und Wirksamkeit nicht abgesprochen"

der herrschenden Rechtslehre zur Stütze dient.

So hat sich denn die Theorie von der abstrakten und der auf einem kausalen Schuldverhältnis beruhenden Anweisung herausgebildet. Aber schon die weitere Begründung (Motive a. a. O.)

> „auf diesen Fall (der mündlichen Anweisung) *mögen* die Vorschriften des Entwurfs mit Ausnahme des § 784 und abgesehen von der hieraus sich ergebenden Modifikation des § 790 Anwendung finden"

läßt trotz des Hinweises auf die Vertragsfreiheit der Parteien — oder vielleicht gerade hierwegen — eine gewisse Zaghaftigkeit in der Berührung der mündlichen Anweisung erkennen. Es kann überdies auch nicht ohne weiteres zugegeben werden, daß die in dieser Form bei Gelegenheit der Begründung einer verwandten Gesetzesbestimmung beiläufig geäußerte Ansicht eine genügende Unterlage für die Bildung von Rechtsregeln abzugeben vermöchte, nach welchen die Praxis sich zu richten hätte.

Die Anweisung auf Kredit, durch welche ein Schuldverhältnis zwischen dem Anweisenden und Angewiesenen erst beim Vollzug begründet werden soll, wird im großen und ganzen dem Handelsverkehr zuzuweisen sein und kann, soweit sie nicht

in ihren Haupt- und Hilfsformen (Ordre, Ueberweisung, Kreditbrief, Giro, Scheck ꝛc.) ohnehin nach bestehender Vorschrift oder festgewurzelter Uebung der Schriftform unterliegt, angesichts der in § 350 HGB. zugelassenen Formfreiheit bei der vorwürfigen Betrachtung zurücktreten.

Die eigentliche Inkongruenz zwischen der abstrakten und sog. „mündlichen" Anweisung zeigt sich nun aber unverkennbar bei jener Kategorie, welche die Erfüllung einer dem Anweisenden gegenüber dem Anweisungsempfänger obliegenden Verbindlichkeit bezweckt. Es läßt sich wohl sagen, daß die mündliche und schriftliche Vereinbarung bis zur Annahme parallel laufen; denn bis zur Annahme besteht nur eine nach zwei Seiten wirkende Ermächtigung ohne eine Verbindlichkeit des Angewiesenen gegenüber dem Anweisungsempfänger. Mit der Frage nach dem Zeitpunkt und der Form der Annahme, an welche § 784 BGB. die Wirkungen der Anweisung im Verhältnis des Angewiesenen zum Anweisungsempfänger ausschließlich knüpft, treten nun aber die Schwierigkeiten hervor, die bisher weder Theorie noch Rechtsprechung in befriedigender Weise zu beheben vermochten.

Die Kommentare äußern sich fast ausnahmslos negativ und vorsichtig

> „die bloß mündlich erklärte Annahme wirkt jedenfalls nicht als abstrakte Anweisung, sondern nur nach Maßgabe der zugrunde liegenden Kausalbeziehung, gibt möglicherweise auch einen Anspruch auf Erteilung des formalen Akzepts" ꝛc.

Welcher Art sollen diese Kausalbeziehungen — das zugrunde liegende Rechtsgeschäft — bei der Kreditanweisung sein? Wenn die Wirkungen des Kausalverhältnisses eintreten, also das zugrunde liegende Rechtsverhältnis Maß gibt, sollte da nicht gleichzeitig gesagt sein, daß eben die Verschiebung der Rechtsbeziehungen unter den Personen und die darin liegende rechtsgeschäftliche Vereinbarung die Hauptsache, die Bezeichnung „Anweisung" aber nur ein in oberflächlicher Betrachtung der äußeren Vorgänge zugelassener Name ist?

Selbst die Motive (Bd. II S. 560) nähern sich in der Ausführung

> „die Annahme, daß im bürgerlichen Rechtsverkehr die auch nur mündliche Annahmeerklärung den Willen des Angewiesenen, sich abstrakt zu verpflichten, erkennen lasse, wäre keineswegs begründet"

ganz erheblich der hier zum Ausdruck kommenden Auffassung.

Von obergerichtlichen Entscheidungen liegt meines Wissens nur ein Urteil des OLG. Frankfurt vor, im Auszug mitgeteilt in Bd. 8, 85 der Rspr. d. OLG., das die mündliche Anweisung bei entsprechendem Willen der Parteien gemäß § 784 BGB. für vollgültig erklärt. Mit Recht bezeichnet Dernburg Bd. II, 2 S. 255 diese Entscheidung als bedenklich; zu seinen zahlreichen Verdiensten hätte dieser bedeutendste Zivilist ein weiteres hinzugefügt, wenn er die Bedenken des näheren auseinandergesetzt hätte.

Zu welchen Ergebnissen gelangt man nun aber bei Ablehnung der von den Motiven für die mündliche Anweisung sozusagen „eingeschmuggelten" Rechtsregeln? Zu folgenden:

Die mündliche Abmachung hat zweifellos gewisse Wirkungen, wie der Auftrag (die Vollmacht) selbst.

Die mündliche Annahme der schriftlichen Ermächtigung hat nicht die Wirkungen des § 784 BGB. und stellt deshalb überhaupt nicht eine „Anweisung" dar. Noch weniger kann dies selbstverständlich bei der mündlichen Annahme der mündlichen Ermächtigung der Fall sein. Bei der die Erfüllung einer Verbindlichkeit (des Anweisenden gegenüber dem Anweisungsempfänger) bezweckenden Vereinbarung ist zu untersuchen, ob die Erfordernisse eines anderen gültigen Rechtsgeschäfts vorliegen. Diesfalls kommen gemeinhin in Betracht: Die Schuldübernahme, die Erfüllungsübernahme, die selbstschuldnerische Bürgschaft, die kumulative Schuldübernahme, die im voraus bewilligte Leistung an einen Dritten — § 362 II BGB. — und die Zession. Ob auf dem Umweg des Innominatvertrags der „mündlichen Anweisung" zur Lebensfähigkeit verholfen werden kann, ist mehr als zweifelhaft. Unter allen Umständen wird es nicht angehen, im Falle des Nichtvorliegens der Erfordernisse eines besonderen Rechtsgeschäfts der angeführten Art, z. B., wenn bei der Schuldübernahme der ursprüngliche Schuldner nicht freigegeben wurde oder bei der Erfüllungsübernahme der Vertrag unter den Kontrahenten aus formalen Gründen nichtig oder bei der Bürgschaft (kumulative Schuldübernahme) die Schriftform nicht eingehalten ist ꝛc., einfach zu sagen

> „die Parteien haben das und das im Wege der mündlichen Anweisung gewollt, folglich ist es gerichtlich anzuerkennen."

In dieser Richtung besteht aber eine nicht zu unterschätzende Gefahr: Die Gegenstände, um die es sich bei mündlichen Abmachungen solcher Art im bürgerlichen Rechtsverkehr handelt, beziffern meist nur geringe Streitwerte und finden ihre Erledigung beim Amtsgericht oder Landgericht, selten beim Oberlandesgericht. Werden nun die mitunter recht schwierigen Untersuchungen in bezug auf das Vorliegen der obenerwähnten, sich häufig berührenden und nicht leicht unterscheidbaren Rechtsgeschäfte auf Grund eines Parteivorbringens, das auf „mündliche Anweisung" hindeutet, umgangen, dann dürfte das im Gesetz nicht existierende „Rechtsinstitut" in der Praxis eine Anerkennung und Ausdehnung erlangen, an die man bei Bearbeitung des Entwurfs und der Motive sicher nicht gedacht hat.

Stehen dem Arbeitgeber wegen plötzlicher Arbeitseinstellung Ansprüche auf Schadensersatz zu, und wie sind sie zu verfolgen?[1])

Von Rechtsanwalt **Godron** in Kitzingen a. M.

I. An den Eingang meiner Ausführungen in der Nummer vom 15. Juli 1906 habe ich den Leitsatz gestellt:

„Die Freiheit des Arbeitsvertrags ist im Hinblick auf § 105 der GewO. gegeben. Die allgemeinen Bestimmungen des Bürgerlichen Rechtes über den Inhalt der Verträge werden jedoch durch diese Gesetzesstelle nicht berührt, vielmehr ist für die Auslegung der Verträge, den Inhalt und ihren ganzen Aufbau das Bürgerliche Recht bestimmend." Diese Ansicht wird außer von Landmann-Rohmer (Komm. zur GewO. 4. Aufl. 1903 Bd. II S. 14 zu § 105 der GewO.) des ferneren vertreten von Nelken (Die deutschen Handwerker- und Arbeiterschutz-Gesetze, Berlin 1901, zu § 105 GewO. Anm. 7 S. 358), wonach auch der Inhalt eines Arbeitsvertrags seit dem Inkrafttreten des BGB. dessen Bestimmungen unterliegt, ferner von Reger-Stößel (GewO. 4. Aufl. 1905, Bd. I zu § 105 GewO. Anm. 4 S. 353), wonach die Bestimmungen des BGB. hinsichtlich des Inhalts und der Form der Verträge maßgebend sind, von Schicker (GewO. 4. Aufl. 1901, Bd. I, zu § 105 GewO. Anm. 4 S. 583), wonach für Inhalt und Form des Vertrags, sowie für die Fähigkeit zur Schließung von Verträgen seit dem 1. Januar 1900 die reichsrechtlichen Vorschriften gelten,[2]) endlich Kayser-Steiniger (GewO., Berlin 1901, zu § 105 GewO. Anm. 15 und 17 S. 312, insbesondere letztere Ziffer), wo es heißt: „Die Wirkung der Verträge bestimmt sich durchweg nach den Verträgen selbst und dem bürgerlichen Recht."

Stellt man sich auf diesen, von den sämtlichen genannten Schriftstellern hinsichtlich der Geltung der Vorschriften des BGB. gleich mir eingenommenen Standpunkt — und den eingangs erwähnten Leitsatz hat Herr Ratsassessor Jörg nicht einmal bestritten, geschweige denn widerlegt —, so ist die natürliche Folgerung, daß man zur Auslegung der Verträge und zur Klärung ihres Inhalts die §§ 133 und 157 BGB. heranziehen muß, da diese ja sonst auch für keinen einzigen der im BGB. selbst behandelten Verträge in Betracht kommen könnten. Landmann-Rohmer sagt deshalb in seinem Kommentar bei Besprechung des Ausschlusses der Kündigung in Anm. 2, a, γ S. 189 zu § 122: „Der Ausschluß der Kündigung muß nach § 122 für beide Teile gleichmäßig gelten; läßt die Vereinbarung Zweifel über ihre Tragweite zu, z. B. darüber, ob das Dienstverhältnis vor Schluß eines Arbeitstags oder bei Akkordarbeit vor Fertigstellung des angefangenen Akkords gelöst werden darf, so ist sie gemäß § 157 BGB. so auszulegen, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitten es erfordern (s. auch § 133 BGB.)".

Daß aber Zweifel über die Tragweite einer solchen Vereinbarung (Ausschluß der Kündigung auf beiden Seiten ohne nähere Bestimmungen) entstehen können, dafür spricht sich nicht nur die Theorie aus, sondern auch in gewerbegerichtlichen Urteilen ist öfters von solchen Zweifeln und von der Heranziehung des § 157 BGB. oder der §§ 133 und 242 BGB. die Rede, so daß durchaus kein Anlaß besteht, der Anschauung des Herrn Ratsassessors Jörg beizutreten, daß es zur Auslegung einer solchen Vereinbarung der Auslegungsregeln des BGB. nicht bedürfe. Für die Praxis verweise ich auf das Urteil des Gewerbegerichts Berlin Kammer 3 vom 2. Juli 1902 Nr. 55, ferner die Urteile des gleichen Gewerbegerichts Kammer 5 vom 24. März 1902 Nr. 219, Kammer 5 vom 21. April 1902 Nr. 295 und Kammer 3 vom 28. Mai 1902 Nr. 351 (SozPr. XI Sp. 1133/1134). In allen diesen Urteilen ist zur Auslegung der Arbeitsverträge ausdrücklich auf § 157 BGB. hingewiesen; ja in der Begründung des ersten Urteils (Kammer 3 vom 2. Juli 1902) wird § 157 wörtlich angeführt. In diesen vier Erkenntnissen sind folgende auf die Kündigung bezügliche Fragen besprochen:

1. Stillschweigender Ausschluß der gesetzlichen (vierzehntägigen) Kündigungsfrist des § 122 der GewO. bei Bestehen einer entsprechenden Verkehrssitte.
2. Begriff der „täglichen Kündigung".
3. Der Tag als Arbeitseinheit auch bei Abrede „jederzeitiger" Kündigung, (auf Fall 3 wird später nochmals zurückgekommen werden).

Noch beweiskräftiger für meine Behauptung, daß die §§ 133, 157 BGB. zur Auslegung der Verträge Anwendung zu finden haben, ist das Urteil des Gewerbe-Gerichts Breslau vom 3. Oktober 1901 (abgedr. im GG. 7. Jahrgang Sp. 110), wo es in den Gründen — der der Beurteilung unterliegende Fall behandelt ebenfalls den vertragsmäßigen Ausschluß der Kündigungsfrist — heißt: „§ 122 GewO. bezeichnet sich selbst als nicht-zwingende Vorschrift, da er für sich nur für den Fall Geltung beansprucht, daß etwas anderes nicht verabredet ist. § 122 GewO. kommt also auch dann nicht zur Anwendung, wenn an einem Orte ein Geschäftsgebrauch besteht, der eine andere als die in § 122 GewO. bestimmte Kündigungsfrist festsetzt oder die Kündigung überhaupt auf Seiten beider Parteien ausschließt."

[1]) Erwiderung auf die Abhandlung auf S. 336 ff. des 2. Jahrgangs.

[2]) Vgl. auch Anm. 1 a. a. O., wo vom Verstoße gegen die guten Sitten die Rede ist, und Anm. 1 zu § 122 S. 678, wo es heißt, daß von speziellen Modifikationen abgesehen die allgemeinen Vorschriften des BGB. über die Verträge in Betracht kommen.



Das gleiche wie für die Ausschließung der Kündigung durch Geschäftsgebrauch gilt auch für deren vertragsmäßige Ausschließung. In den sämtlichen aufgeführten Urteilen wird also immer auf die Verkehrssitte Rücksicht genommen und damit der Vorschrift des § 157 BGB. entsprochen.

Es ist aber auch nicht erfindlich, warum Herr Ratsassessor Jörg, während er am Eingange seiner Ausführungen der ungebundenen Vertragsfreiheit und der Möglichkeit jederzeitiger Niederlegung der Arbeit das Wort redet, bei den Zeitlohnarbeitern den Grundsatz aufstellt, daß sie nicht mitten im Tage mit sofortiger Wirkung kündigen können. Zu diesem Schlusse kann er doch nur dann kommen, wenn er sich bei der Auslegung eines die Kündigung ausschließenden Arbeitsvertrages mit einem Zeitlohnarbeiter auf Treu und Glauben im Verkehr beruft und somit den von ihm als anwendbar bekämpften § 157 BGB. zur Anwendung bringt; denn sonst hat eben bei der einfachen Vereinbarung des Ausschlusses der Kündigung, d. h. bei der durch keine Zusätze ergänzten Vereinbarung, der Zeitlohnarbeiter das Recht zu sagen „ich höre jetzt auf", und der Arbeitgeber das Recht ihn sofort, d. h. mitten im Tage zu entlassen. Sehr treffend führt zu dieser Frage das oben angezogene Urteil des Gewerbegerichts Berlin (Kündigungsfragen 3a) folgendes aus: „Jedenfalls entspricht es nicht den Grundsätzen von Treu und Glauben im Verkehr bei Erfüllung von Arbeitsverträgen, den Arbeiter ohne Not im Laufe des Tages zu entlassen, auch ist es in Berlin durchaus üblich, selbst bei „sofortiger" Lösbarkeit den Tag als Einheit anzusehen."

Also auch hier ein bewußtes Zurückgreifen auf § 157 BGB. wie bei Herrn Ratsassessor Jörg in vielleicht unbewußtem, aber gutem juristischen Fühlen; denn ohne Heranziehung dieser Bestimmung des bürgerlichen Rechts kann eben der Zeitlohnarbeiter mitten im Tage weglaufen und man steht solchem Gebahren machtlos gegenüber. (Vgl. auch noch das von mir in der Abhandlung auf S. 287 ff. auszugsweise wiedergegebene Urteil des Gewerbegerichts Charlottenburg vom 6. September 1901, GG. Jahrgang 7 [erstmals irrtümlich Jahrgang 5 zitiert] Sp. 94 und 95).

Des weiteren wird der von Herrn Ratsassessor Jörg angegriffene Unterschied zwischen Zeitlohnarbeiter und Akkordarbeiter nicht nur von mir, sondern auch von Landmann-Rohmer gemacht (s. die oben angezogene Stelle aus dessen Kommentar: „oder bei Akkordarbeit vor Fertigstellung des angefangenen Akkords"). Es soll hier keineswegs der zwischen dem Akkordarbeiter und dem Arbeitgeber geschlossene Vertrag als Werkvertrag aufgefaßt werden, sondern es sollen nur die Verpflichtung zur Arbeitsleistung und der aus ihrer Nichterfüllung entstehende Schadensersatzanspruch mit Rücksicht auf Treu und Glauben im Verkehr ihre Würdigung finden. (Vgl. Landmann-Rohmer a. a. O. und außerdem in Band II seines Kommentars auf S. 8 Vorbem. 6 b Absatz II).

Der gleichen Anschauung (Unterschied zwischen Zeitlohn- und Akkordarbeiter und Unterschied daher auch des Schadensersatzes) huldigt gleich dem von mir in meinen ersten Ausführungen angezogenen Urteile des Gewerbegerichts Leipzig arg. e. contr. das Gewerbegericht Berlin Kammer 3 vom 17. Oktober 1902 Nr. 203 in seinen hier mitgeteilten, auszugsweise in der SozPr. XII Sp. 141/142 wiedergegebenen Gründen:

„Das Gericht ist der Ansicht gewesen, daß für die Kläger auch ohne ausdrückliche Abrede der Ausschluß jeder Kündigungsfrist als stillschweigend verabredet gelten muß. Denn es ist in Berlin und Vororten für die Maurer Ortsgebrauch, daß täglich das Arbeitsverhältnis gelöst werden kann. Allerdings hat sich dieser Ortsgebrauch auf Grund eines Kollektivvertrags gebildet, den die gegen Zeitlohn arbeitenden Maurer — die große Mehrzahl — mit den Arbeitgebern geschlossen haben; und die Akkordmaurer stehen dieser Tarifgemeinschaft fern. Aber die Verkehrssitte gerade des Kündigungsausschlusses hat sich überall im Berliner Baugewerbe eingebürgert; und die Kläger haben selbst eingeräumt, daß auch sie — wie üblich — ohne weiteres den Kündigungsausschluß würden unterschrieben haben, wenn Beklagter mit entsprechendem Ansinnen an sie herangetreten wäre. Hätte man freilich aus dem Arbeitsvertrage der Parteien deutlich entnehmen können, daß den Klägern die gesamten Maurerarbeiten als Einheit vergeben worden sind, so wäre eine Entlassung vor Beendigung dieser Arbeiten unzulässig gewesen. Aber die bloße Festsetzung der verschiedenen Stücklöhne für alle Stadien des ganzen Baues genügt hierzu nicht. Um so weniger, als die Akkordmaurer regelmäßig auch bei Verträgen, in denen sie für die Arbeiten eines ganzen Baues angenommen werden, dennoch Kündigungsausschluß unterschreiben, wozu ja auch die Kläger bereit waren."

Wir finden also — arg. e. contr. — auch in der praktischen Rechtsprechung unter Zugrundelegung der Bestimmungen im § 157 BGB. die Aufstellung des Grundsatzes, daß im allgemeinen in der Lösung des Dienstverhältnisses vor Vollendung des angefangenen Akkords ein Vertragsbruch liegt.

Etwas anderes ist es natürlich, wenn vertragsgemäß dem Arbeitgeber das Recht eingeräumt wird, vor Vollendung des Akkords dem Arbeitnehmer zu kündigen. Daß diese Berechtigung kein Urteil absprechen kann — wie das von Herrn Ratsassessor Jörg auf Seite 336 dieser Zeitschrift erwähnte Erkenntnis des Gewerbegerichts Berlin aus dem Jahre 1898 — unterliegt keinem Zweifel, vorausgesetzt, daß dem Arbeitnehmer das entsprechend gleiche Recht zusteht, vor Vollendung der Akkordarbeit das Dienstverhältnis zu lösen. Denn in diesen Fällen enthält eben der Arbeitsvertrag schon eine ganz klare Bestimmung, wie dies aber keineswegs in den von mir ins Auge gefaßten Fällen zutrifft,

wo es einfach heißt, daß die Kündigung auf beiden Seiten ausgeschlossen ist; **hier muß man zur Auslegung des Vertrages auf die §§ 133 und 157 BGB. zurückgreifen.**

II. Zur Frage des Zurückbehaltungsrechtes nach § 273 BGB.! Hier spricht wohl für meine Auffassung zunächst einmal das Gesetz selbst; denn während das BGB. im § 394 Satz 1 ausdrücklich sagt, daß gegen die der Pfändung nicht unterworfene Forderung eine Aufrechnung nicht stattfindet, fehlt es bei den Vorschriften über das Zurückbehaltungsrecht an einem solchen Verbot, sodaß also aus dem Gesetz selbst schon zu entnehmen ist, daß zwar gegen solche Forderungen nicht aufgerechnet werden, wohl aber ihnen gegenüber der Schuldner sein Zurückbehaltungsrecht ausüben darf, zumal doch auch die Wirkungen von Aufrechnung und Zurückbehaltungsrecht verschieden sind (vgl. Staudinger, Komm. z. BGB. 2. Aufl., 1906, Bd. II b S. 403 und zu § 394 S. 266; vgl. ferner Rehbein, Komm. z. BGB. [Berlin 1903] S. 90/91).

Aber nicht nur die Theorie, sondern auch die Praxis vertritt und zwar recht häufig den von mir eingenommenen Standpunkt (vgl. Rechtspr. d. OLG. Bd. IV S. 28, wo bei Diebstahl des Dienstboten wegen des aus der unerlaubten Handlung entstehenden Schadens dem Dienstherrn der Lohnforderung gegenüber das Zurückbehaltungsrecht eingeräumt wird; ferner Rechtspr. d. OLG. Bd. VI S. 225: Zurückbehaltungsrecht des Staates bei Gehaltsforderungen gegenüber einem wegen Unterschlagung entlassenen Beamten mit Rücksicht auf die dem Staate zustehenden Ersatzansprüche, und S. 423, wo ebenfalls das Zurückbehaltungsrecht an unpfändbaren Lohnforderungen anerkannt ist und zwar mit der gleichen wie von mir oben gegebenen Begründung; vgl. ferner Seuff. Arch. Bd. 58 S. 217/218 Nr. 115, Urteil des OLG. Köln, welches ebenfalls das Zurückbehaltungsrecht gegenüber unpfändbaren Lohnforderungen für zulässig erklärt, und Seuff. Arch. Bd. 59 S. 91 Nr. 52, Urteil des Kammergerichts, welches gleichfalls für das Zurückbehaltungsrecht sich ausspricht; endlich GG. Jahrgang 8 Sp. 122 bis 125, wo das oben zitierte Urteil des OLG. Köln (Seuff. Arch. Bd. 58) in noch ausführlicherer Weise behandelt wird).

Jedenfalls erhellt aus den angeführten Urteilsbeispielen, daß die Verwirklichung des Zurückbehaltungsrechtes sich nicht nur vereinzelt durchführen läßt, sondern schon gar oft im Falle der Bestreitung durch Urteil Anerkennung gefunden hat.

Von den die Zulässigkeit des Zurückbehaltungsrechtes bestreitenden Schriftstellern geben außer Sinzheimer, auf den sich Herr Ratsassessor **Jörg** beruft, die einleuchtendsten Begründungen Landmann-Rohmer in seinem Komm. z. § 115 GewO. 2 i, S. 120 und Schalhorn in der Soz. Pr. 11 Sp. 796, nur daß eben bei allen diesen Erklärungen und Begründungen in den § 273 BGB. etwas hineingetragen wird, was in ihm nicht enthalten ist, nämlich ein das Zurückbehaltungsrecht gegenüber unpfändbaren Lohnforderungen aussprechendes Verbot.

Hierzu bemerkt noch äußerst treffend Oertmann im Recht der Schuldverhältnisse zu § 273 S. 77, 4 b und c, nachdem er festgestellt hat, daß auch die überwiegende Praxis der Gerichte sich für die Zulässigkeit des Zurückbehaltungsrechtes ausspricht, und daß dieser **herrschenden** Meinung der Vorzug gebührt:

„daß ferner der Wortlaut des § 273 das Zurückbehaltungsrecht nicht ausschließt, ist unbestreitbar und er hat ebensogut Anspruch auf Beachtung wie § 394, der keineswegs mit Wallroth ihm gegenüber als lex specialis zu erachten ist; wohl aber ist § 394 eine lex singularis, ein entsprechender Anwendung **unfähiger Ausnahmesatz**“ (vgl. auch Planck in der 3. Auflage seines Komm. z. BGB. Band II S. 65 zu § 273 2 a γ).

Aus dem Angeführten geht also hervor, daß Theorie und Praxis in ihrer Mehrheit sich für die Zulässigkeit des Zurückbehaltungsrechtes gegenüber Lohnforderungen und damit für die Anwendbarkeit des von mir vorgeschlagenen Weges zur Verwirklichung der Schadensersatzansprüche auf der Grundlage des § 273 BGB. aussprechen.

III. Was dann die in Ergänzung meiner ersten Ausführung von Herrn Ratsassessor Jörg angeführten weiteren zwei Mittel zur Durchsetzung des Schadensersatzanspruches angeht, so bin ich mit den Erläuterungen des Herrn Verfassers ihrem Ergebnisse nach einverstanden, möchte aber zu deren Begründung folgendes bemerken:

Zu II, 1. Ob an Stelle des alten Schuldverhältnisses durch die Erklärung des Rücktritts ein neues tritt, ist in der Literatur vielfach bestritten; nach der Theorie der indirekten Wirkung bleibt das alte Schuldverhältnis bestehen, der Rücktritt bewirkt nur neue Ansprüche auf Rückleistung (vgl. Oertmann, Recht der Schuldverhältnisse, Vorbem. zum 5. Titel S. 197, 2 b; s. a. Cohn in JW. 1902 S. 7 f., Dernburg § 107 V, Crome II § 174 Nr. 4 b, Matthiaß I S. 410 und Endemann Bd. I § 148 II Anm. 28 S. 851).

Bleibt aber das alte Schuldverhältnis bestehen, so entfällt natürlich auch die Möglichkeit, den Rückgewährungs-Anspruch zu pfänden und zur Aufrechnung zu verwenden. Jedoch kann ich mich ebenfalls nicht mit dieser Anschauung befreunden, sondern halte gleich Herrn Ratsassessor Jörg die von ihm vertretene und durch Staudinger, Oertmann, Enneccerus und eine Reihe anderer hervorragender Schriftsteller gestützte Ansicht, daß ein neues Schuldverhältnis entsteht (Theorie der direkten Wirkung), für richtig.

Zu II, 2. Angesichts der Gegnerschaft des Herrn Ratsassessors Jörg in der Frage des Zurückbehaltungsrechtes nimmt es mich Wunder, daß er dem Arbeitgeber das Recht aus § 320 BGB. einräumt, bis zur Bewirkung der Gegenleistung durch den Arbeitnehmer seine Leistung, die Lohnzahlung, zu verweigern; denn die Einrede des nicht erfüllten Vertrags ist nur **eine besondere Art des Zurückbehaltungsrechtes aus 273 BGB.**, wie schon die Fassung der beiden Paragraphen ersehen läßt. (Vgl. Staudinger zu § 273, Bd. II a S. 72 I, 1 und zu § 320).

Für die grundsätzliche Zugehörigkeit der exceptio non adimpleti contractus zum allgemeinen Zurückbehaltungsrecht des § 273 im Sinne eines **besonders geregelten Anwendungsfalles** sprechen sich ferner aus Enneccerus II S. 429 und 447 Anm. 2, Hellwig, Anspruch und Klagrecht S. 374, Lehrbuch S. 257, Windscheid-Kipp S. 300 Nr. 3 und Dernburg II 1 § 93 S. 203 III). Oertmann endlich nennt die Einrede aus § 320 BGB. ein „potenziertes" Zurückbehaltungsrecht. (Schuldverhältnisse S. 151, Anm. 3). Die Folge dieser Auslegung und Auffassung des § 320 in seinem Verhältnis zu § 273 aber ist die, daß, wer die Zulässigkeit des Zurückbehaltungsrechtes gegenüber Lohnforderungen verneint, in diesem Falle auch die Einrede des nicht erfüllten Vertrags als unbehelflich zurückweisen muß.

Kultusbaustreitigkeiten.

Von **Dr. jur. Heinrich Tretzel**, Bezirksamtsassessor in Eggenfelden.

Einleitung.

Eines der zweifelhaftesten Gebiete des Prozeßrechts sind, besonders was die Zuständigkeitsverhältnisse anlangt, die Streitigkeiten über Baupflichtverhältnisse an Kultusgebäuden.[1]) Nach den heutigen Rechtsgrundsätzen über die Verteilung der Zuständigkeit gehören Streitigkeiten über Privatrechte vor die Gerichte, solche über öffentliche Rechte und Verbindlichkeiten vor die Verwaltungsbehörden.[2]) Dies gilt natürlich an und für sich auch für das Gebiet der kirchlichen Baupflicht. Hier mischt sich aber ein fremder anachronistischer Gedanke veralteter Prozeßvorschriften ein, welche der Kuratel über das Kirchenvermögen einen nicht unbedeutenden Machtbereich einräumen.

Geschichte.[1])

Der Gedanke geht von der geistlichen Ratsordnung[2]) aus und hat in der Verordnung vom 1. Oktober 1830[3]) und dem Landtagsabschied vom 29. Dezember 1831[4]) seinen dauernden Niederschlag gefunden, der lange Zeit die Behörden terrorisiert hat.

Die Geistliche Ratsordnung bestimmte bezüglich der „Regulierung der Bauschillingsfristen",[5]) welche zuvor nach der Sessio XXI cap. 7 den Bischöfen zustand,[6]) daß diese hinfüro beim geistlichen Rat, der nun als forum ecclesiasticum fungierte,[7]) reguliert werden sollen.[8]) Nach dem zur Erläuterung ergangenen Mandat vom 14. August 1794[9]) beschließt der geistliche Rat in diesem Polizei-Administrationsgegenstand als forum Ordinarium in Statu possessorio und bringt es zur Exekution. „Glauben übrigens die interessierten Theile dabey auf irgend eine Art benachtheiligt zu sein, so können sie ihre Beschwerde seiner Zeit in Petitorio bey der Justizstelle anbringen, wo dann der Prozeß ordentlich instruirt und nach eingeholter gewöhnlicher Erinnerung des Churfürstlich geistlichen Raths verbscheidet wird."

---

[1]) Krick, L. H., Kirchl. Baupflicht und kirchl. Bauwesen 2c. 1893 S. 88, 105 ff.; Permaneder-Riedle, Die kirchl. Baulast 2c. 1893 S. 66 f.; Krais, Handb. der inneren Verw. 1897 Bd. I S. 342; v. Pechmann, Wirkungskreis der Distr.-Verw.-Beh. S. 293; Stingl, E., Bestimmungen des bayer. Staats über die Verw. des kath. Pfarramts 1890 S. 973; Seeberger, G., Handb. der Amtsführung für die prot. Geistlichen 2c. 1899 S. 892 f.; Reger-Dyroff, Handausg. d. bayr. VerwGerGes. 1902 S. 286, 294; BlAdmPr. Bd. I S. 339, XII 321, XXV 33, XLVII 40.

[2]) Seydel, bayer. Staatsrecht Bd. I S. 575 f., 585; O. v. Sarwey, Das öffentl. Recht und die Verwaltungsrechtspflege S. 287 f.; J. A. Seuffert, Komm. über die bayr. Gerichtsordnung 1855 S. 156; Reger-Dyroff S. 171 f.; Gaupp-Stein, ZPO. für das Deutsche Reich 1904 Bd. I S. 4; RegBlatt 1858 S. 1012; GVBl. 1881 Beil. I S. 1; Entsch. des OGH. Bd. V S. 571, n. F. I 132, VGE. XIII 66, XVII 149.

[1]) Permaneder S. 66 f.; Seydel I 572; BlAdmPr. I 339, XII 321, XXIII 142; ME v. 25. Jan. 1822 und 23. Juli 1833 (Weber Bd. I S. 72, II S. 695); RegBl. 1858 S. 1012; GVBl. 1876 Beil. XI S. 62.

[2]) vom 16. Aerndtemonat 1779 (Weber I 21).

[3]) Weber II 543. Stoll, Chr., Die Baupflicht 2c. 1869 S. 226.

[4]) Weber II 592 Ziff. 46; dieser Bestimmung wurde Gesetzeskraft zugesprochen: GVBl. 1876 Beil. XI S. 62.

[5]) Die Regulierung an sich ist lediglich eine Verwaltungssache, eine Kurateltätigkeit; sie schlägt die auf die einzelnen Baupflichtigen und auf die Kirche treffenden Quoten aus: vgl. Mandat v. 4. Okt. 1770 2to und 6to (Weber I 10); Geistl. Ratsinstruktion v. 25. April 1783 § 10 (Weber I 30); die Kuratel entscheidet aber auch sich dabei ergebende Streitigkeiten (Rezeß vom 26. April 1785 Ziff. 58: Dollinger XI 1398).

[6]) Stingl S. 973; Permaneder S. 56; vgl. Mandat v. 14. Aug. 1794.

[7]) Das bayerische Recht ließ im Einklang mit der Sessio XXI cap. 7 die Baukonkurrenzsachen dem forum ecclesiasticum (Codex jud. I 13 Nr. 1). Diese Aufgabe hatte der geistliche Rat. Das geistliche Ratskollegium bestand unter verschiedenen Namen schon seit 1484 auf Grund päpstlichen Spezialindults für die innere Verwaltung der geistlichen Angelegenheiten (Permaneder S. 56); nun hatte es die kirchliche Polizeiadministration (Mand. v. 14. Aug. 1794; Rezeß v. 26. April 1785).

[8]) Ebenso hat schon das Mandat vom 4. Oktober 1770 die Regulierung dem geistl. Rat zugewiesen.

[9]) Weber I 38; Stoll 12.

Diese Zuständigkeit wurde nach Auflösung des geistlichen Rats auf den Administrationsrat der Kirchen und milden Stiftungen übertragen [1]) und ging von diesem auf die General-Kreiskommissariate über,[2]) von welchen sie die K. Regierung überkam.[3]) Um einer mißverständlichen Auffassung der Bestimmung des § 73 der Formationsverordnung vom 17. Dezember 1825 entgegenzutreten, erging dann [4]) die erwähnte Verordnung vom 1. Oktober 1830 [5]) und der Landtagsabschied vom 29. Dezember 1831.[6])

Darin ist der Grundsatz ausgesprochen, daß die Baukonkurrenzverbindlichkeit bei Kirchen- und Pfarrhofbauten als privatrechtliche Verbindlichkeit der Streitentscheidung durch die Zivilgerichte unterworfen ist sowohl in petitorio als in possessorio. Wenn dagegen die Konkurrenzverbindlichkeit im allgemeinen schon feststeht und es sich nur darum handelt, ob der Fall einer Konkurrenz in concreto gegeben sei, entscheidet die Kreisregierung provisorisch, in petitorio dagegen die Gerichte.[7])

Somit ist nicht jeder Baupflichtsstreit vor das gerichtliche Forum verwiesen, sondern nur Streitigkeiten über die Konkurrenzpflicht,[8]) also nicht über die Verpflichtung der Kirchenstiftung, deren Entscheidung der Aufsichtsbehörde zusteht,[1]) sondern nur über die Verpflichtung Dritter zur Leistung an diese, auch diese aber nur, soweit sie privatrechtlicher Natur sind.[2]) Allerdings wurden zu den privatrechtlichen Konkurrenzen auch die Hand- und Spanndienste der Kirchengemeinden gezählt,[3]) die bei Erlaß der Verordnung von 1794 noch als Lasten der einzelnen unorganisierten Parochianen,[4]) und zwar als Reallasten [5]) angesehen wurden.[6]) Seitdem der Gemeinde wie im französischen Recht [7]) die gesetzliche Verpflichtung auferlegt ist, für die Ergänzung des Kirchenvermögens einzutreten,[8]) ist die Gemeinde — später die Kirchengemeinde — an Stelle der Parochianen getreten [9]) und sind die Beisteuern und Dienste der Parochianen zu Lasten gegenüber der Gemeinde geworden, welche nun für die Gesamtleistung im öffentlichen Interesse auf Grund öffentlichrechtlicher Bestimmungen aufzukommen hat.[10]) Die Regulierung der Hand- und Spann-

---

[1]) Instr. vom 6. Oktober 1802 (Döllinger XI 1399).

[2]) Instr. für die Generalkreiskomm. vom 17. Juli 1808 § 33 Ziff. IXg (Döllinger XI 1399): „Streitigkeiten über Pfarr-, Kirchen- und Schulgebäude". Zur Erläuterung erging die AE. v. 16. Dez. 1810 (Weber I 339, Stoll 17), welche aussprach, daß zum Ressort der Generalkreiskomm. nur Differenzen in bloß administrativer Hinsicht, darunter z. B. die Bauschillingsfristen zu regulieren, gehören. Die Generalkreiskomm. regulieren die Konkurrenzen der Dezimatoren oder der sonstigen Baupflichtigen nach den bestehenden Verhältnissen und dem gegebenen Besitzstand, dagegen müssen alle Privatrechtsgegenstände den betr. Justizstellen verbleiben. Dahin gehören auch die Streitigkeiten, welche in privatrechtlicher Hinsicht über die Verbindlichkeit der Baulast oder zur Baukonkurrenz obwalten."

[3]) Instr. vom 27. März 1817 § 44 (Döllinger XI 1404), übereinstimmend FV. vom 17. Dezember 1825 § 73 (Weber II 279): „Handhabung der Verordnungen über die Konkurrenzen zu den Bauten der Stiftungen und Kommunen."

[4]) Schon zur Instr. von 1817 war in der ME. vom 25. Januar 1822 (Weber II 73) eine Erläuterung ergangen. Darnach steht den Regierungen die provisorische Erledigung aller Kirchen- u. Pfarrhofbaudifferenzen zu, welche ohne ferneren Rekurs sogleich zur Exekution gebracht werden müssen vorbehaltlich jedoch der Beschreitung des petitorischen Rechtswegs vor den Zivilgerichten des Reichs; ähnlich ME. vom 24. Febr. 1827 (Weber II 367).

[5]) Weber II 543; dazu ME. vom 23. Juli 1833 (Weber II 695).

[6]) Ziff. 46 (Weber II 592), wornach derartige Streitigkeiten dem Wirkungskreis der ordentlichen Gerichte unter keinem Vorwand entzogen werden können; dazu VGE. XII 484.

[7]) Krais I 342; Seeberger S. 892 f.; Stingl S. 974; Permaneder S. 67; RBl. 1857 S. 1413, 1858 S. 1012; VGE. IX 296

[8]) Vdg. vom 1. Okt. 1830, 29. Dez. 1831, 13. Jan. 1833 (Weber II 658).

[1]) Krais I 330; Seeberger S. 983 Anm.; vgl. BlAdmPr. I 344, XXIII 139, dazu FV. vom 17. Dez. 1825 § 73.

[2]) „als privatrechtliche Verbindlichkeit" Vdg. vom 1. Okt. 1830; Landtagsabschied vom 29. Dez. 1831 Ziff. 46; V. vom 16. Dez. 1810; OGH. XIII 543.

[3]) RBl. 1857 S. 1413; 1858 S. 1012, 1859 S. 1040, 1869 S. 1419; Krais I 343; Seeberger S. 893; VGE. I 315, XII 482.

[4]) Die Hand- und Spanndienste sind ein onus der parochiani: Annotationen I. cap. VII § 42 Nr. 7; Permaneder S. 42; vgl. OGH. III 497. Diese treten daher als Streitgenossen auf. RBl. 1869 S. 1419.

[5]) RBl. 1858 S. 1012; OGH. XII 579; vgl. Richter-Dove-Kahl, Lehrb. des kath. u. ev. Kirchenrechts S. 1352.

[6]) Dies entspricht der damaligen Zeitanschauung, nach der Streitigkeiten über Abgaben und Dienste auch aus öffentlichen Rechtsverhältnissen den Gerichten zur Entscheidung überwiesen waren, während die provisorische Beitreibung Polizeisache war. Die Gerichtsordnung hat überhaupt auch für Polizeisachen bei Parteistreitigkeiten den Rechtsweg offen gelassen. Seydel I 572. Nach der Vdg. vom 21. März 1805 (Weber I 103) war den politischen und Administrativbehörden aufgetragen, die Seelsorger und Schullehrer bei dem Genuß der zu ihrem Unterhalt bestimmten Abgaben zu schützen, hingegen können die Gemeindeglieder jedoch aus besonderen Rechtsgründen in petitorio bei den Justizstellen auf Befreiung ausführen. Auch die ME. vom 21. Sept. 1847 (Weber III 670), welche die Errichtung von Turmuhren als Polizeigegenstand behandelt, verweist Streitigkeiten vor die Polizeibehörden, aber nur provisorisch vorbehaltlich des Rechtswegs.

[7]) Fabrikdekret vom 30. Dezember 1809 Art. 92 mit 37; Deutsche Zeitschrift für Kirchenrecht XVII S. 17 f.

[8]) GemEd. vom 17. Mai 1818 § 24.

[9]) Permaneder S. 92; seit 1869 (GemO. Art. 206 Abs. II Ziff. 3) ist es die Kirchengemeinde (OGH. II 161, III 269 (498), IV 175, VII 761), welche sich nun abgespalten hat von der Gemeinde: BlAdmPr. XXIII 138; VGE. II 12, 258, 548, VII 101, IX 299, 450; Arch. f. k. KR. LXXXVI S. 672.

[10]) Es wurde streng unterschieden zwischen der Gesamtleistung der Gemeinde und den Beitragsleistungen in Umlagen und Diensten an die Gemeinde; erst wenn die Verbindlichkeit der Gemeinde (Kirchengemeinde) feststeht (ob die Gemeindeglieder insgesamt zugunsten der primär oder subsidiär Baupflichtigen mit Hand- und Spanndiensten unentgeltlich konkurrieren müssen) tritt

dienste für die Gemeinde bzw. Kirchengemeinde, also der Verbandsleistung, wurde denn auch den Verwaltungsbehörden zugesprochen.[1] Bezüglich der Verpflichtung der Gemeinde, mit Hand- und Spanndiensten zu konkurrieren, wurde dagegen die Entscheidung den Gerichten zugesprochen, weil alle Baupflichtstreitigkeiten für privatrechtliche Streitsachen gehalten wurden.[2]

Hieran hält die Wissenschaft[3] und die Rechtsprechung[4] fest. Auch der Verwaltungsgerichtshof stand lange Zeit im Banne dieser Anschauung,[5]

die Frage heran, wie die Dienste unter die Gemeindeglieder zu verteilen sind: RBl. 1857 S. 70, 1858 S. 1012, 1859 S. 1040, 1869 S. 1419; BlAdmPr. XLVII 38.

[1]) Auf Grund des Art. XIV UmlGes. v. 22. July 1819 (Weber II 9), RevGE. v. 17. Mai 1818 (Weber I 555) § 101 Ziff. 6, VollzVorschr. v. 18. Okt. 1837 Ziff. 24 (Weber III 105), RBl. 1858 S. 1012, 1859 S. 1040 (aus dem Gemeindeverband), 1869 S. 1419 (aus dem Pfarr- u. Kirchenverband), 1857 S. 70 (wie die Kosten unter die Pfarrgemeindeglieder zu verteilen), 1871 S. 1081 (Gemeindeumlagen für die religiöse Gemeinde); Stingl S. 978.

[2]) RBl. 1858 S. 1012; OGH. XII 582; Stingl S. 979.

[3]) Die Baupflicht ist privatrechtlich: Krick, Baupflicht S. 90 Anm. 9; Mayer, Kirchenhoheitsrechte des Königs von Bayern S. 258; Stingl S. 979. Für die Konkurrenzpflicht: Krais I 342; Seeberger S. 893; Permaneder S. 67; BlAdmPr. XXVIII 229, XLVII 38.

[4]) Bezüglich der Baupflicht überhaupt: RBl. 1866 S. 1499; 1871 S. 1081. Konkurrenzpflicht: RBl. 1858 S. 1012; 1859 S. 1040, 1113; 1871 S. 1809; GVBl. 1877 Beil. I S. 1; OGH. V 571, XIII 543, XIV 810; vgl. RBl. 1868 S. 2433, 1869 S. 1419. Konkurrenz mit Hand- und Spanndiensten: RBl. 1851 S. 948, 1858 S. 1012 (1859 S. 1113), 1869 S. 1419; OGH. V 526, XII 579 (582). Konkurrenz der Kirchenstiftung: RBl. 1871 S. 1081. Sogar die Konkurrenz zu Schul- und Mesnerbauten beruhte nach OGH. XIV 810 in Form einer Reallast auf einer Interessengemeinschaft der Kirchenstiftung und Schulgemeinde.

[5]) Abgesehen vom Pfälzer Recht, nach dem er die Baupflicht öffentlichrechtlich sein ließ (VGE. X 17, 42, XII 83, XIV 272, XVIII 116, XXI 129, Dyroff S. 286 Nr. 10), verwies der VGH. alle Baupflicht als zivilrechtlich vor die Gerichte, auch die der Stiftungen (VGE. I 315, III 144, IX 296, 307, wo er sich feierlich verwahrt, über die Baulast der Filialisten entscheiden zu wollen, XIII 402). Der gleichen Anschauung war er zunächst auch bezüglich der Baupflicht an Schul- und Mesnerhäusern (VGE. I 315, IX 295, XII 482); anderseits ließ er aber doch über die Konkurrenzpflicht der Parochianen hierzu die Verwaltungsbehörden entscheiden (VGE. XI 205), ebenso über die Baupflicht der Kirchenstiftung zu solchen Gebäuden (VGE. III 232, 552 [Filialkirchenstiftung], IX 117, XI 95); die VGE. XII 482 erklärt wieder alle Konkurrenzpflicht für privatrechtlich, auch zu Schul- und Mesnergebäuden, ebenso VGE. XIII 402, welche aber fraglich läßt, ob die öffentlichrechtliche Zuständigkeit nicht wenigstens in bezug auf die Verpflichtung der Bestreitung eines Teils der Baukosten an Schul- und Mesnergebäuden (soweit sie die Gemeinde trifft) bestehe. Damit kam der VGH. erst recht in die Brüche, denn ein Gesetz, welches zum Teil die Gemeinde, zum Teil die Kirche verpflichtet, kann nicht zum einen Teil öffentlichrechtlich, zum andern privatrechtlich sein. Um aus diesem Dilemma zu kommen, durchhieb er in der VGE. XVIII 85 den gordischen Knoten; vgl. hierher Dyroff S. 295.

bis er neuerdings,[1] zuerst bezüglich der Kirchenstiftung,[2] dann auch bezüglich der Kirchengemeinde[3] die Zuständigkeit für sich in Anspruch nahm.[4]

Zuständigkeitsabgrenzung.

Nach der neuzeitigen Anschauung kommt demnach die Entscheidung von Rechtsstreitigkeiten über die Baupflicht der Kirchengemeinde[5] und der Kirchenstiftung[6] — ausgenommen, wenn diese auf Grund eines Privatrechtstitels[7] für ein fremdes Kirchengebäude[8] in Anspruch genommen wird — als einer öffentlichrechtlichen Verbindlichkeit den Verwaltungsbehörden zu.[9] Die Baupflicht dritter Personen[10] zu einer Kirchengemeinde, die meist dinglicher Natur ist, also eine Baulast,[11] oder sonst auf einem Privatrechtstitel beruht,[12] gehört zur Zuständigkeit der Gerichte;[13] nur bei

[1]) Seit 1896: VGE. XVIII 85; gegen die Anschauung, daß alle Baupflicht privatrechtlich sei, besonders VGE. XXIV 227.

[2]) VGE. XVIII 85.

[3]) VGE. XXI 123.

[4]) Der Fiskus war schon im Jahre 1877 zu der Erkenntnis gelangt: GVBl. 1877 Beil. I S. 1; vgl. auch BlAdmPr. XIII 265, XXIV 227, XXVIII 261, 264; vgl. XXIII 137, XXV 97 (außer wenn die Kirchengemeinde Dritten gegenübersteht).

[5]) Also die Beitragspflicht der Kirchengemeinde bzw. ihrer Glieder, mit Umlagen oder Hand- und Spanndiensten zu konkurrieren: VGE. XXI 123, XXIV 225, 300, XXVII 30; Dyroff VGG. 294 f., 296; BlAdmPr. XXIII 137, XXVIII 264. Die Baupflicht beruht auf dem Kirchenverband als öffentlichrechtliche Aufgabe. VGE. XXIV 229, XXVII, 31; Seiler, SchulbedGes. S. 88.

[6]) Die öffentlichrechtliche Pflicht der Kirchenstiftung zur baulichen Unterhaltung ihrer Kultusgebäude, wozu auch Schulhäuser, die zugleich Mesnerhäuser sind, oder sonstige Akzessorien, z. B. Friedhofmauern, gehören, ergibt sich aus der öffentlichen Zweckbestimmung des Stiftungsvermögens: VGE XVIII 85, XXI 116, XXII 146, XXIV 227, XXV 345.

[7]) Näheres später; ObLG. n. F. V 311.

[8]) An Gebäuden Dritter: VGE. XVIII 300; ObLG. n. F. V 311; Dyroff S. 297. Wenn die Kirche oder Kirchengemeinde ihre eigene gänzliche oder teilweise Befreiung auf Grund besonderen Privatrechtstitels, z. B. Verjährung, Vertrag geltend macht, VGE. XVIII 86; ObLG. n. F. IV 191; dagegen die Baupflicht an ihren Gebäuden ist öffentlich-rechtlich: VGE. XVIII 85, XXV 346. Die Pfründegebäude wurden vom VGH. (XVIII 300) zu Unrecht für die Kirchengemeinde als Gebäude Dritter angesehen, denn die Pfründe besteht wie die Kirchenstiftung für die Kirchengemeinde: VGE. XVIII 198.

[9]) Auch Ersatzstreitigkeiten aus dem Gesichtspunkt der ungerechtfertigten Bereicherung oder Geschäftsführung ohne Auftrag sind Verwaltungsstreitigkeiten, wenn die Leistung und der Ersatz auf öffentlichrechtlicher Grundlage beruhen. VGE. XXII 147, 149; XXV 346.

[10]) Worunter auch eine Kirchengemeinde oder Kirchenstiftung fallen kann: VGE. XVIII 86.

[11]) Man muß unterscheiden Baupflicht und Baulast; letztere ist die dingliche Verpflichtung (Reallast) erstere kann auch persönlich sein und ist ein weiterer Begriff.

[12]) Anerkenntnis, Vertrag, Herkommen sind aber nicht (vgl. OGH. XIV 810) ausschließlich privatrechtlich: RBl. 1857 S. 70, 1858 S. 1012.

[13]) Maßgebend für die Zuständigkeit ist das aus der Begründung des Klägers sich ergebende Rechtsverhältnis,

Dringlichkeit der Bauwendung kann die Staatsaufsichtsbehörde, wenn das Rechtsverhältnis der Baupflicht an sich unzweifelhaft feststeht, über die Differenzen im betreffenden Fall provisorisch entscheiden. (Schluß folgt.)

Mitteilungen aus der Praxis.

Abgabe empfangsbedürftiger Willenserklärungen bei Einlegung des Widerspruchs gegen einen Zahlungsbefehl. Der minderjährige Student A. erhielt von der Firma H. zwei Pferdedecken, die er seiner Verbindung zum Geschenke machte. Nach erreichter Volljährigkeit erging gegen A. Zahlungsbefehl, gegen den er mit Schreiben vom 29. Mai Widerspruch einlegte. In diesem Schreiben, das dem Prozeßbevollmächtigten der Firma H. durch das Amtsgericht im Original übersendet wurde, erklärte A., daß er augenblicklich infolge seiner Lage verhindert sei, Zahlung zu leisten, und stellte in Aussicht, daß er, sobald es ihm möglich sei, die Firma H. befriedigen werde. Sowohl das Amtsgericht wie das Landgericht erblickten in dieser Erklärung eine nachträgliche Genehmigung seitens des A., die ihn zur Zahlung verpflichte, die Berufungsinstanz wies jedoch unter Aufhebung des erstinstanziellen Urteils die Klage ab, indem sie sich auf den Standpunkt stellte, daß die Erklärung des A. eine empfangsbedürftige Willenserklärung sei und daß infolgedessen eine wirksame Genehmigung nicht vorliege. Die Begründung ist ungefähr folgende:

Die empfangsbedürftige Erklärung müsse dem anderen Teil zugehen. Dies sei jedoch hier nicht geschehen, denn der Widerspruchsschriftsatz sei nicht an die Klägerin, sondern an das Amtsgericht gerichtet und er sei auch dem Willen des Beklagten entsprechend zunächst diesem zugegangen. Der Umstand, daß das Amtsgericht den Widerspruchsschriftsatz der Klägerin übermittelt und diese auf indirektem Wege von dem Inhalte Kenntnis erlangt hat, könne nicht für die Annahme verwertet werden, daß die Genehmigungserklärung der Klägerin zugegangen ist. Ein derartiges indirektes Zugehen der Genehmigungserklärung könnte nur dann angenommen werden, wenn der Beklagte davon Kenntnis gehabt hätte, daß der Widerspruchsschriftsatz seitens des Gerichtes der Klägerin übermittelt werde und wenn er in diesem Bewußtsein die darin enthaltenen Erklärungen abgegeben hätte. Die Klägerin habe jedoch in dieser Richtung keine Behauptungen aufgestellt.

Dieses Urteil des Berufungsgerichtes ist in seiner Begründung vollkommen verfehlt und nimmt einen rein formalistischen Standpunkt ein, der dem Tatbestand in keiner Weise gerecht wird. Richtig ist die Ausführung des Berufungsgerichtes, daß es sich um eine empfangsbedürftige Willenserklärung handelt, als unrichtig muß jedoch die Auffassung bezeichnet werden, daß diese Erklärung der Klagspartei nicht zugegangen sei. § 694 der ZPO., der die Benachrichtigung der Klagspartei vom Widerspruch durch das Gericht festsetzt, kann einzig und allein dahin ausgelegt werden, daß das Gericht nur als Mittelsperson handelt, welche die an und für sich für die Gegenpartei bestimmte Widerspruchseinlegung dieser übermitteln muß. Wenn nun im vorliegenden Falle noch dazu das Gericht das Original des Widerspruchsschriftsatzes mit der Genehmigungserklärung des Schuldners an die Klagspartei übermittelt und deren Prozeßbevollmächtigter dieses Schriftstück in der erstinstanziellen Verhandlung vorgelegt hat, so heißt es doch tatsächlich dem Sachverhalt Gewalt antun, wenn man annehmen will, die Willenserklärung des Schuldners sei der Klagspartei nicht zugegangen. Ob der Beklagte tatsächlich davon Kenntnis gehabt hat, daß seine Willenserklärung der Gegenpartei zugegangen ist oder nicht, ist gleichgültig, jedenfalls hat er bei Absendung des Widerspruchsschriftsatzes mit dieser Tatsache gerechnet und rechnen müssen. An und für sich sind auch derartige Erklärungen nach Lage der Sache zunächst für die Gegenpartei, zum mindesten aber für das Gericht und die Gegenpartei bestimmt. Nur unter dieser Annahme hatte die Erklärung des Studenten überhaupt einen Sinn. Angesichts dieses Tatbestandes ist es juristisch unhaltbar, wenn von der Klagspartei ein Beweisangebot verlangt wird, das nur in der Eideszuschiebung an den Beklagten bestehen könnte.

Derartige rein formalistische Urteile wie das vorliegende sind geeignet, die Gefahr der Erhöhung der amtsgerichtlichen Zuständigkeit recht deutlich vor Augen zu führen; die rechtsuchenden Parteien wären auch in wichtigen Fällen ganz der Willkür der ohne weitere Nachprüfung entscheidenden unteren Gerichte preisgegeben.

Rechtsanwalt Wertheimer in München.

Die Widerklage in Privatklagesachen. Ein alltäglicher Fall: Die Frauen A. und B. geraten in Streit und beleidigen einander. Der Ehemann der A. kommt dazu; flugs beschimpft auch er die B. Dann stürmt das Ehepaar A. zum Rechtsanwalt, um der B. mit der Klage zuvorzukommen. Nach bekannter Prozeßtaktik (§ 195 StGB.) erhebt nun der Ehemann A. wegen Beleidigung seiner Ehefrau gegen die B. Privatklage, gestützt auf das Zeugnis der beleidigten Ehefrau. Die von Theorie und Praxis anerkannte Auslegung des § 428 StPO. macht es der B. nicht bloß unmöglich, sich für die Beleidigungen, die ihr die Ehefrau A. bei dem Wortwechsel zugefügt hat, im Wege der Widerklage Genugtuung zu schaffen, sogar wegen der ihr von dem klagenden Ehemann zugefügten Beleidigungen darf sie nicht auf dem Wege der Widerklage den Strafrichter anrufen. Der klagende Ehemann verlangt ja nicht Bestrafung, weil er selbst, sondern nur, weil seine Ehefrau beleidigt worden ist; zwischen den Beleidigungen, die seiner Ehefrau von der B. zugefügt worden sind, und den Beleidigungen, die die B. von ihm selbst erfahren hat, besteht nicht die von § 428 StPO. geforderte Wechselseitigkeit. In beiden Fällen muß die B. eine neue Privatklage er=

---

also ob sich aus dem Klagvorbringen ein öffentlichrechtliches oder privates Rechtsverhältnis ergibt: Dyroff S. 307; Seydel I 586; Krais I 77; BlAdmPr. XL 15; GVBl. 1881 Beil. 1; VGE. IX 438, XI 311, XIV 110, XVII 286, XVIII 283, XXIV 584, BlfRA. XXXVIII 508. Wenn also ein Anspruch auf einen Brandversicherungsbeitrag (RBl. 1866 S. 1499, GVBl. 1877 Beil. 1), oder die Verpflichtung zur Setzung eines Blitzableiters (OGH. V 571, BlfRA. XL 234) auf die Baupflicht gegründet werden, entscheiden die Gerichte. Stellt sich heraus, daß das Vorbringen unbegründet, so erfolgt Klagabweisung.



heben, für sie ein Nachteil schon im Hinblick auf § 199, 233 StGB., § 70 Abs 3 GKG. —

In der bei dem Amtsgericht zu N. eingereichten Privatklage machte der Ehemann A. jedoch nicht nur die bei jenem Wortgefecht verübten Ehrenkränkungen geltend, sondern auch eine Aeußerung, die die B. bei einer anderen Gelegenheit über den Privatkläger A. und seine Ehefrau getan hat. Er klagt also auch, weil er selbst sich beleidigt fühlt. Angesichts der Verfolgung ihrer Aeußerung über das Ehepaar A. erhebt nun die B. in ihrer Erklärung auf die Mitteilung der Klagschrift (§ 422 StPO.) Widerklage wegen der ihr durch den Ehemann A. bei dem Wortwechsel zugefügten Beleidigung. Das tut sie zu Recht; erfordert doch der Begriff der Wechselseitigkeit in § 428 StPO. nach allgemeiner Uebung (in der Theorie freilich nicht unbestritten) weder einen zeitlichen, noch einen sachlichen Zusammenhang.

Das Amtsgericht entscheidet nunmehr über die Eröffnung des Hauptverfahrens (§ 423 StPO.). Es eröffnet das Hauptverfahren vor dem Schöffengericht aber nur wegen der Beleidigungen, die die B. bei dem Wortwechsel der Ehefrau des Privatklägers A. angetan hat. Dagegen wird wegen der Aeußerung der B. über das Ehepaar A. das Hauptverfahren nicht eröffnet: insoweit ist die Klage zurückzuweisen. Die Widerklage wird zugelassen. Doch mit Recht?

Glaser, Ullmann, Birkmeyer[1]) definieren die Widerklage als „die Privatklage des durch eine Privatklage Verfolgten". Demnach wäre — von dem Erfordernis der Wechselseitigkeit abgesehen — für die Widerklage lediglich Voraussetzung, daß eine Privatklage zu Protokoll des Gerichtsschreibers oder durch Einreichung einer Anklageschrift erhoben worden ist. Ob die Erhebung der Anklage zu einer Verfolgung durch das Gericht vermittelst der Eröffnung des Hauptverfahrens führt, wäre danach unerheblich. Diese Folgerung zieht auch Birkmeyer. Er bezeichnet ausdrücklich als Voraussetzung „die Anhängigkeit einer Privatklage des einen Beteiligten" und bemerkt dann: „Die Widerklage kann erhoben werden von dem Moment an, wo die Klage rechtshängig geworden ist."

Wie Birkmeyer sich aber zu der Frage stellt, wie es wird, wenn die durch Erhebung der Privatklage bewirkte Rechtshängigkeit der Strafsache, der Vorklagesache, durch (rechtskräftige) Versagung der Eröffnung des Hauptverfahrens beendigt wird, darüber spricht er sich nicht aus. Er scheint auch für diesen Fall die Fortdauer der Rechtshängigkeit der Widerklage anzunehmen und möchte sich vielleicht dabei auf den § 428 Abs. 3 StrPO. berufen. Ullmann, der übrigens den von der herrschenden Meinung abweichenden Standpunkt verteidigt, daß es nicht einmal eines Beschlusses über die Zulassung der Widerklage bedürfe, äußert sich zu unserer Frage ebensowenig wie die Kommentare von Löwe-Hellweg und Stenglein. Ullmann begnügt sich mit dem von Birkmeyer bekämpften Satze: „Kompetenzgrund ist die Rechtshängigkeit der Vorklage." Welche Stellung Kries[2]) einnimmt, läßt sich aus seinen Darlegungen nicht ersehen. Auch bei Glaser — der übrigens mit vollem Recht dem Gesetz eine zweifelverursachende „Wortkargheit bei Regelung einer ganzen Institution" vorwirft — vermissen wir eine ausdrückliche Entscheidung unserer Frage. Nach ihm bewirkt die Widerklage, „daß die zwei durch die Haupt- und die Widerklage veranlaßten Strafprozesse von dem für erstere zuständigen Gerichte einheitlich verhandelt und gleichzeitig entschieden werden müssen" (Handbuch Bd. II S. 22). „Die Bestimmung der Widerklage ist die Vereinigung der Verhandlung über eine Privatklage des Angeklagten (!) mit der über eine seines Gegners. Wo die Vereinigung nicht stattfinden kann, ist die Widerklage zwecklos." ... „Die erste Wirkung der Widerklage ist daher, daß sie die Zuständigkeit des mit der Privatklage befaßten Gerichts begründet, und eben darum ist die Widerklage an sich unzulässig, wenn schon zur Zeit ihrer Erhebung klar ist, daß die Zuständigkeit nicht begründet werden kann" (Bd. II, S. 25 ff.).

Ich trete Birkmeyer darin bei, daß die Widerklage von dem Moment an erhoben werden kann, wo die Privatklage in Gemäßheit des § 421 StPO. rechtshängig geworden ist. Ob diese Klagerhebung aber zu einem gerichtlichen Verfahren führen wird, bleibt einstweilen noch dahingestellt. Im Strafprozeß wird ja mit der Erhebung der Klage das Prozeßverhältnis noch nicht fertig, sondern erst angebahnt; es werden nur die Strafgerichte mit dem geltend gemachten Strafanspruche des Staates befaßt (cf. Birkmeyer § 89 III S. 593). Fertig wird das Prozeßverhältnis erst durch den Eröffnungsbeschluß, dessen Inhalt den Inhalt der Hauptverhandlung und des Urteils bestimmt (cf. Birkmeyer, § 91 II ad c.). Erst durch den Eröffnungsbeschluß wird der Kreis um das erkennende Gericht, den Ankläger und den Angeklagten, geschlossen, den wir als Strafprozeß zu bezeichnen haben. Alles, was vor dem Eröffnungsbeschluß liegt, Ermittlungsverfahren, Anklage, Voruntersuchung, bildet nur die Basis, auf der sich das Gebäude des eigentlichen Strafprozesses selbst aufbaut. Weiter ist festzuhalten, daß die Widerklage nur das Mittel ist, um über die in der Widerklage inhaltlich bezeichneten Tatsachen ein gerichtliches Verfahren, einen Strafprozeß, zu ermöglichen, und zwar innerhalb eines bereits im Gange befindlichen Privatklageverfahrens.

Der Widerklage-Strafprozeß beginnt erst mit dem Beschluß, durch den die Widerklage zugelassen wird. Dieser Beschluß tritt in Anbetracht der Eigenart der Widerklage an die Stelle des Eröffnungsbeschlusses; in seiner an sich nicht sachgemäßen Fassung ist er durch den Gebrauch in Theorie und Praxis sanktioniert.

Das Wesen der Widerklage besteht nun eben darin, daß das von ihr bezweckte Strafverfahren innerhalb des Kreises eines anderen Strafverfahrens stattfinden soll. Das durch die Widerklage erwirkte Strafverfahren kann nur in Bewegung gebracht werden, falls das durch die Wechselseitigkeit der Beleidigungen oder der Körperverletzungen verbundene Privatklageverfahren, eben als Strafprozeß, in Gang gebracht worden ist. Mit anderen Worten: Voraussetzung für die Zulassung einer Widerklage ist die Eröffnung des Hauptverfahrens auf die Privatklage hin. Ist auf die Privatklage hin das Hauptverfahren eröffnet worden und ist es noch nicht bis zur Beendigung der Schluß-

[1]) Glaser (Handbuch des Strafprozesses Bd. 2 S. 22); Ullmann (Lehrbuch des deutschen Strafprozeßrechts § 130 S. 553); Birkmeyer (Deutsches Strafprozeßrecht § 110 V).

[2]) Lehrbuch des deutschen Strafprozeßrechts § 28 III und § 80 VI.

vorträge gediehen, so ist die Widerklage zuzulassen. Sobald nun durch die Zulassung der Widerklage der Strafprozeß wegen der darin geltend gemachten Tatsachen begonnen hat, ist dieses Verfahren derartig selbständig, daß die Zurücknahme der Privatklage das Widerklageverfahren nicht zu hemmen vermag: § 428 Abs. 3 StPO. Entscheidend ist und bleibt, daß im Moment der Zulassung der Widerklage das Hauptverfahren eröffnet ist. Ob das schon vorher auf die Privatklage hin eröffnete Hauptverfahren im Augenblick der Zulassung der Widerklage noch laufen muß, darüber ließe sich streiten. Eine mildere Ansicht, daß es genüge, wenn bei Erhebung der Widerklage das Hauptverfahren eröffnet war, mag Anhänger finden. Ich stehe auf dem strengeren Standpunkte, daß das Hauptverfahren bei Zulassung der Widerklage noch im Gange sein muß. Das ist auch die letzte Konsequenz der oben betonten Eigenart der Widerklage. Zuzugeben ist, daß die Konsequenz da zu einer Schädigung des Widerklägers führt, wo der Widerkläger auf die Mitteilung der Widerklage hin, also vor Zulassung der letzteren, die Privatklage zurücknimmt. Diesen Nachteil überwiegen aber die Vorteile, durch welche die Widerklage privilegiert ist, insbesondere die Befreiung vom Sühneversuch des § 420 Abs. 1 StPO. Im übrigen bleibt der fruchtlosen Erhebung der Widerklage doch der Wert eines Strafantrags.

Rechtsanwalt Dr. Böckel in Jena.

Aus der Praxis der Gerichte.

Reichsgericht.

A. Zivilsachen.

I.

Wurde vor dem 1. Januar 1900 von einem vorläufig vollstreckbaren Urteile Gebrauch gemacht, so können Schadensersatzansprüche auf Grund des § 717 Abs. 2 ZPO. auch dann nicht erhoben werden, wenn die von dem vollstreckten Urteil abweichende Entscheidung nach dem 1. Januar 1900 erging. Aus den Gründen: Hat der Kläger von der vorläufigen Vollstreckbarkeit eines zu seinen Gunsten ergangenen Urteils dadurch Gebrauch gemacht, daß er vor der endgültigen Entscheidung des Rechtsstreits vollstreckte, so regeln sich bei späterer Aufhebung des Urteils die Rechtsfolgen der vorzeitigen Vollstreckung nach dem Rechte, das im Zeitpunkte der erzwungenen Leistung gegolten hat. Fällt, wie hier, die Vollstreckung in die Zeit vor dem 1. Januar 1900, so kann, da § 717 Abs. 2 ZPO. in der jetzigen Fassung erst mit diesem Tage in Kraft trat, der Schuldner Ansprüche auf die Vorschrift selbst dann nicht stützen, wenn die von dem vollstreckbaren Urteil abweichende spätere Entscheidung erst nach diesem Tage ergangen ist. Unter diesen Voraussetzungen besteht ein Anspruch auf Schadensersatz, der sich aus § 655 ZPO. a. F. nicht ergab, nur soweit, als er sich aus den Vorschriften des damaligen Landesrechts herleiten läßt. Es kann der Annahme des Berufungsrichters nicht beigetreten werden, daß der Anspruch insoweit, als er auf die Zeit bis zum 1. Januar 1900 entfällt, nach früherem Rechte, insoweit dagegen, als der durch die Vollstreckung herbeigeführte Zustand über diesen Zeitpunkt hinaus bestanden hat, nach § 717 Abs. 2 zu beurteilen sei. Bestände freilich der Rechtsgrund des im § 717 Abs. 2 geregelten Anspruchs in der Erlassung des aufhebenden Urteils, so würde die Schadensersatzpflicht nicht nur für die Zeit nach dem Inkrafttreten des neuen Rechts begründet sein, sondern würde sich sogar bis auf die Zeit der Beitreibung zurückerstrecken. Allein das abweichende Urteil hat dem Anspruch zwar zur Wirksamkeit nicht aber zur Entstehung verholfen. Ebensowenig läßt sich der Grund des Anspruchs darin erblicken, daß das spätere Urteil eine Aenderung der materiellen Rechtslage in der Art mit sich brächte, als sei dem Schuldner der Gegenstand der abgenötigten und nunmehr zurückzugewährenden Leistung bis dahin in berechtigter Weise, von da an aber ohne Recht vorenthalten worden, so daß der Schadensersatzanspruch immerhin für die dem reformierenden Urteile nachfolgende Zeit in Betracht kommen könnte. Denn der Schadensersatzanspruch des § 717 Abs. 2 hängt nicht davon ab, daß das spätere Urteil den Ungrund des Klagebegehrens und damit den Mangel des Rechts auf die Leistung feststellt. Das Gesetz hat ihn vielmehr an die Bedingung einer Aenderung oder Aufhebung des vorläufig vollstreckbaren Urteils schlechthin gebunden. Der Anspruch tritt selbst dann in Wirksamkeit, wenn die Frage, ob das Klagebegehren materiell berechtigt ist, noch offen bleibt, so im Falle des § 539 und im Regelfalle der §§ 564 ff. ZPO., oder wenn die Klageabweisung nur auf einer Verneinung der örtlichen Zuständigkeit beruht. Der Meinung, die das Anwendungsgebiet des § 717 Abs. 2 auf die Fälle endgültiger Klageabweisung einzuschränken sucht, kann nicht beigetreten werden.

Rechtsgrund des Schadensersatzanspruchs ist nur das Vorgehen des Gläubigers, der, ohne die endgültige Entscheidung abzuwarten, auf seine Gefahr vollstreckt oder den Schuldner veranlaßt, die Vollstreckung durch Leistung abzuwenden. Die Begründung des Regierungsentwurfs verweist darauf, daß die vermöge der vorläufigen Vollstreckbarkeit gewährte Möglichkeit, den Anspruch zwangsweise durchzuführen, außerhalb des gewöhnlichen Ganges des Verfahrens liege; es entspreche der Billigkeit, bei Beseitigung des Urteils dem Gläubiger die Pflicht zum Ersatze des Schadens aufzuerlegen. In der Kommission des Reichstags fanden die diese Erwägungen darlegenden Ausführungen des Regierungsvertreters Zustimmung. (Hahn, Mat. S. 135, 393 ff.). Knüpft daher § 717 Abs. 2 an die vorzeitige Abnötigung der Leistung Rechtsfolgen, so können diese nur eintreten, wenn die Abnötigung nach dem Inkrafttreten der Vorschrift stattgefunden hat, während die im entgegengesetzten Falle eintretenden bedingten Ansprüche des Schuldners sich gemäß Art. 170 EG. z. BGB. ausschließlich nach früherem Rechte regeln. Der Berufungsrichter erblickt allerdings in der Vorenthaltung des Kapitals einen besonderen Verpflichtungsgrund, der vom Inkrafttreten des neuen Rechts ab nach dessen Normen beurteilt werden dürfe. Das ist aber unzutreffend. Was der Berufungsrichter unter Vorenthaltung des Kapitals versteht, ist nur die Fortdauer des durch die Abnötigung der Leistung geschaffenen Zustandes. Dieser bildet aber nicht neben der Ursache seiner Entstehung einen selbständigen Schuldgrund. Zutreffend weist endlich die Revision darauf hin, daß es nicht Absicht des Gesetzes gewesen sein kann, jeden Kläger, der auf Grund eines vorläufig vollstreckbaren Urteils in dem Vertrauen darauf vollstreckt hat, daß ihn nur die Folgen des früheren Rechts treffen können, vor die Wahl zu stellen, entweder alles Geschehene mit dem 1. Januar 1900 rückgängig zu machen oder von da an für den Fall einer ungünstigen späteren Entscheidung die Schadensersatzpflicht des neuen Rechts auf sich zu nehmen. (Es wird dann noch ausgeführt, daß der Senat von den Grundsätzen abweicht, die der VI. ZS. des RG. in dem Bd. 49 S. 64 ff. mitgeteilten Urteile entwickelt hat, daß er jedoch mit Rücksicht auf besondere Umstände des Falles von der Einholung der Entscheidung der vereinigten Zivilsenate abgesehen hat). (Urt. des IV ZS. vom 6. Oktober 1906, IV 49/06). ——— n.

II.

Zur Anwendung von § 304 ZPO. Der Ehemann und Vater der Kläger ist in einem Hause, das die Beklagten auf den Abbruch gekauft hatten und abrissen, von einer niedergeworfenen Wand verletzt worden und an den Folgen der Verletzung gestorben. Die Klage, die auf Verurteilung zur Zahlung einer nach richterlichem Ermessen zu bestimmenden Entschädigung geht, wurde vom LG. abgewiesen. In der Ber.-Instanz wurde beantragt, jeden der Beklagten zu verurteilen, an die Kläger 470 Mk. für Kosten der Pflege und Beerdigung des Getöteten sowie Setzung eines Grabsteins, ferner einen schätzungsweise auf 15000 Mk. angegebenen Kapitalbetrag mit 6600 Mk. an die Witwe und mit je 1400 Mk. an jedes Kind zu bezahlen oder eine Jahresrente von 400 Mk. an die Witwe bis zum 30. Mai 1932 (mutmaßlicher Todestag des Getöteten), an jedes Kind von je 100 Mk. bis zum vollendeten 21. Lebensjahre zu entrichten, für den Fall der Gewährung einer Rente Sicherheit durch Bestellung einer Sicherheitshypothek zu leisten. Das OLG. hat den Klageanspruch dem Grunde nach für gerechtfertigt erklärt. Das RG. hat das Ber.-Urt. aufgehoben (es erachtet es als angemessen, jeder Partei die Tragung des Schadens zur Hälfte aufzuerlegen) und die Sache zu anderweiten Verhandlung und Entscheidung zurückverwiesen.

Aus den Gründen: Das Ber.-Ger. hat es ohne jede Erörterung als unzweifelhaft erachtet, daß den Klägern durch den Tod ihres Ehemanns und Vaters ein Schaden erwachsen ist. Diese Annahme wird hier gegen eine Beanstandung dadurch gedeckt, daß die Beklagten das Vorhandensein eines Schadens nicht bestritten, sondern sich nur gegen die Höhe wendeten. An sich würde, da tatbestandsmäßig von den Klägern nichts weiter vorgetragen wurde, als daß der Getötete Landwirt war, zur Erlassung eines Zwischenurteils nach § 304 ZPO. eine Begründung, daß ein Schaden entstanden sei, nicht entbehrlich gewesen sein; (s. ähnl. Fall in JW. S. 747[10]). — — — — — — — — — — — — — — — — —

Das Ber.Ger. hat die Klage dem Grunde nach für gerechtfertigt erklärt, ohne daß die Parteien über die Begründetheit der einzelnen Ansprüche verhandelt haben und ohne daß das Gericht selbst in eine Erörterung darüber eingetreten ist. Offenbar war es der Meinung, daß der Streit in diesen Punkten im Verfahren über den Betrag auszutragen sei. Wie das RG. in zahlreichen Entscheidungen ausgesprochen hat, darf dem Nachverfahren nichts überlassen bleiben als die Festsetzung des Betrages. Ein Urteil über den Grund des Anspruchs ist daher nur dann statthaft, wenn nichts streitig bleibt als der Betrag. Diese Scheidung ist von erheblicher praktischer Bedeutung, weil mit der Rechtskraft des Urteils zum Grunde unabänderlich feststeht, daß die Klageansprüche, so wie sie erhoben wurden, begründet sind, daß sie durch Einreden nicht mehr erschüttert werden können und nur noch der ziffermäßigen Festsetzung bedürfen. Das Ber.-Ger. wird sich demgemäß über die Berechtigung der einzelnen Klageforderungen schlüssig zu machen haben. Begehrt ist eine Kapitalabfindung oder eine Rente. Schon wegen dieser alternativen Fassung des Antrags war das Zwischenurteil zum Grunde, das keine Entscheidung getroffen hat, welcher von beiden Ansprüchen als berechtigt erachtet werde, unzulässig. Daß die Voraussetzung der Kapitalabfindung (§ 843 Abs. 3 BGB. wichtiger Grund) vorliegt, ist im Urteil zum Grunde festzustellen. Würde das Ber.-Ger. auf Entrichtung einer Rente erkennen, so kämen die §§ 1601, 1602, 844 BGB. in Betracht; hiernach hätte das Gericht bei der Entscheidung über den Grund zu prüfen, ob die Ansprüche der Kläger hinsichtlich der Dauer der Renten gerechtfertigt sind. Die Entscheidung über das Begehren der Sicherheitsleistung wird zweckmäßig erst nach Festsetzung der Höhe der Rente zu erfolgen haben; denn erst dann wird sich beurteilen lassen, ob eine Sicherheit notwendig, in welcher Art und in welchem Betrage sie zu leisten ist. Dies ist indes nicht so zu verstehen, als betreffe der Anspruch auf Sicherheitsleistung das Nachverfahren über den Betrag. Sondern das Zwischenurteil zum Grunde hat diesen Teil des Klageanspruchs beiseite zu lassen; es ergeht im Verhältnis zu ihm als Teilurteil (§ 301 ZPO.) und ist als solches zu bezeichnen. (Urt. des VI. ZS. vom 10. Dezember 1906, Rep. 189/06).

749 L. . . . . r.

III.

Zu § 1353 BGB. Das Verlangen eines Ehegatten, daß sich der andere zur Wiederherstellung seiner Gesundheit in eine Heilanstalt begebe, kann mißbräuchlich sein, wenn keine Gewähr für eine dem Wesen der Ehe entsprechende Behandlung des erkrankten Gatten nach der Rückkehr gegeben ist. Im Mai 1902 verließ die Beklagte ihren Mann, sie hält sich bei ihrer Mutter auf; sie ist nervenleidend. Mit der Klage verlangt der Mann, daß sie die häusliche Gemeinschaft mit ihm herstelle oder doch bis zur Besserung ihres Leidens sich auf seine Kosten in ein Sanatorium begebe. Das OLG. wies die Klage ab. Die Revision war erfolglos.

Aus den Gründen: Das Berufungsgericht hat das Verlangen des Klägers, daß sich die Beklagte in eine Heilanstalt begebe, unter Hinweis auf § 1353 Abs. 2 BGB. für unberechtigt erklärt. Es führt aus, der Kläger habe seiner Frau während des Zusammenlebens die ihr zukommende Stellung vorenthalten und sei ihr durch ungehörige Intimität im Verkehre mit der „Stütze“ zu nahe getreten. In seiner Gesinnung habe sich nichts geändert. Der Beklagten könne unter diesen Umständen, selbst wenn sie gesund wäre, nicht zugemutet werden, zurückzukehren; der Mann könne ihr deshalb auch nicht vorschreiben, wo sie Besserung ihres Zustandes suchen solle. Diese Ausführungen sind nicht irrig. Da das Verlangen des Klägers, daß die Beklagte in eine Heilanstalt gehe, den Zweck verfolgt, ein Zusammenleben der Gatten nach Beseitigung des im Nervenleiden der Beklagten liegenden Hindernisses zu ermöglichen, ist es nicht zu beanstanden, wenn das Berufungsgericht das Verlangen nur unter der Voraussetzung für berechtigt erachtet, daß sich eine Aenderung in der ehewidrigen Gesinnung des Klägers vollzogen habe und eine Gewähr für eine künftige angemessenere Behandlung der Beklagten vorliegen müsse. Es ist unzutreffend, wenn die Revision meint, auch ohne Feststellung jener Voraussetzung sei das Verlangen als vorbereitende Maßregel berechtigt. Da festgestellt ist, daß der Kläger durch sein Verhalten der Beklagten Grund gab, sich von ihm zu trennen, ist ein vor Eintritt der bezeichneten Voraussetzung gestelltes Verlangen des Klägers, daß die Beklagte eine Heilanstalt behufs späterer Herstellung der ehelichen Gemeinschaft aufsuche, mißbräuchlich im Sinne des § 1353 Abs. 2 BGB. (Urt. des IV. ZS. vom 3. Dezember 1906, IV 182/06).

736 — — — n.

B. Strafsachen.

I.

Unter welchen Umständen kann in der betrüglichen Entziehung der bei einer Forderung gegebenen Sicherung eine Vermögensbeschädigung im Sinne des § 263 StGB. gefunden werden? G. hatte von dem Angeklagten eine Summe zu fordern und zur Sicherung eine Hypothek unter Aushändigung des Hypothekenbriefes übertragen erhalten. Der Angeklagte lockte

den Hypothekenbrief unter betrüglichen Vorspiegelungen heraus. Als den Vermögensschaden sieht das Gericht den Verlust der Sicherung für die Forderung an. Richtig ist, daß mit der Herausgabe des Hypothekenbriefes das Pfandrecht an der Hypothek untergegangen war (vgl. §§ 1278, 1253, 1274, 1154 BGB.). Allein irrig ist die Ansicht, daß in dem Aufgeben einer Sicherung für eine Forderung immer eine Vermögensbeschädigung liegt. Es kommen hier, wo es sich um ein Abkommen über die Rückgabe des Pfandgegenstandes handelt, die in der Entsch. Bd. 16 S. 1 des RG. entwickelten Grundsätze über die Vermögensbeschädigung bei Eingehung eines Vertrages zur Anwendung. Darnach ist zwar die Frage, ob eine Beschädigung vorliegt, stets nach den Verhältnissen des Getäuschten zu beantworten. Es ist aber die Gesamtheit der Wirkungen zu beachten, welche die Irrtumserregung auf das Vermögen des andern ausgeübt hat, und es muß untersucht werden, ob der Gesamtwert des Vermögens nach der durch die Irrtumserregung hervorgerufenen Vermögensdisposition geringer ist als vorher. Daraus folgt, daß durch den Verlust eines Pfandrechts eine Beschädigung nur gegeben ist, wenn dadurch der Wert der ihm zugrunde liegenden Forderung herabgedrückt wird. Das hängt von der Beschaffenheit des einzelnen Falles ab und kann nicht ohne weiteres daraus gefolgert werden, daß die Beteiligten eine Sicherstellung der Forderung überhaupt für erforderlich erachtet haben, oder daß später die Forderung nicht ganz bezahlt wurde. . . . Dagegen kann auch in einer Gefährdung des Vermögens dessen Beschädigung liegen. Allein diesen Gesichtspunkt hat der Erstrichter unberücksichtigt gelassen; es fehlen daher die tatsächlichen Unterlagen zu seiner Beurteilung. Uebrigens könnte eine Verminderung des Forderungswertes und damit des Gesamtvermögens des G. auch vorliegen, wenn der Angeklagte nicht zahlungswillig oder zur Beschaffung der notwendigen Barmittel nicht imstande war. . . Aber auch in dieser Hinsicht fehlt es an den tatsächlichen Feststellungen. . . (Urt. des V. StS. vom 23. November 1906, 5 D 592/06). ———e—

741

II.

Kann der Verteidiger beanspruchen, in der Hauptverhandlung jederzeit zum Worte zugelassen zu werden? Aus den Gründen: Ausweislich des Sitzungsprotokolls hat in der Hauptverhandlung der Verteidiger des Angeklagten M., nachdem dieser vernommen war, beantragt, ihm das Wort zu erteilen, das Gericht aber ohne Grundangabe Ablehnung des Antrags beschlossen. Hierin erblickt der Verteidiger eine wesentliche Beschränkung der Verteidigung im Sinne des § 377 Nr. 8 StPO., weil vom Vorsitzenden nach Vernehmung M.s in unzweideutiger Art die Schuldfrage bejaht worden sei, und er, Verteidiger, infolge des Ablehnungsbeschlusses nicht die Möglichkeit zu geeignetem Entgegentreten gehabt habe. Allein abgesehen davon, daß über die angebliche einseitige Stellungnahme des Vorsitzenden aus dem Sitzungsprotokolle nichts erhellt, insoweit mithin der Prozeßbeschwerde unter allen Umständen die unentbehrliche tatsächliche Unterlage fehlen würde, haben laut Sitzungsprotokolls der Angeklagte und der Verteidiger nach Beendigung der Beweisaufnahme das Wort zu ihren Anträgen und Ausführungen, ferner zuletzt das Schlußwort erhalten, also ausreichendes rechtliches Gehör genossen. In welchem Zeitpunkt immer der Verteidiger sich soll äußern dürfen, hängt nicht von seinem Belieben, sondern — unbeschadet besonderer gesetzlicher Vorbehalte (z. B. §§ 33, 238 Abs. 1, 239 Abs. 2 StPO.) — nach § 237 StPO. regelmäßig zunächst von dem Vorsitzenden und in letzter Linie von dem Gerichte ab, und auf die Vernehmung des Angeklagten folgt gemäß § 243 Abs. 1 StPO. die Beweisaufnahme, ohne daß dem Verteidiger ein Anspruch auf vorausgehende Aeußerung ausdrücklich eingeräumt wäre. Die gegebenenfalls ohne Grundangabe erfolgte Ablehnung des Antrags auf Worterteilung bildet folglich keinen Revisionsgrund. (Urt. d. I. StS. v. 26. Nov. 1906, 1 D 588/06). B.

728

III.

Beleidigung durch Erstattung einer Anzeige. Wahrnehmung berechtigter Interessen (§§ 186, 193 StGB.). Die auf Grund des § 164 StGB. Angeklagte ist wegen Vergehens nach § 186 StGB. verurteilt worden. Diese Verurteilung ist nicht frei von Irrtum. Der Erstrichter nimmt an, die Anzeige sei objektiv und subjektiv rechtswidrig gewesen, denn die Angeklagte könne selbst nicht behaupten, daß sie irgendein Recht zu ihrer Kundgebung gehabt habe; ihr guter Glaube an die Erweislichkeit ihrer Behauptung schütze sie nicht vor der Bestrafung; § 193 StGB. stehe ihr nicht zur Seite, da die Kundgebung nicht zur Wahrnehmung irgendwelcher wirklich oder auch nur vermeintlich berechtigter Interessen gemacht wurde, sie vielmehr nur rachsüchtige Pläne verfolgte; auf die Absicht der Beleidigung komme es nicht an. Diese Annahmen sind zu beanstanden. Das Reichsgericht hat wiederholt ausgesprochen (E. Bd. 29 S. 56), daß jedermann die Befugnis zusteht, Handlungen, die er als strafbar erachtet, anzuzeigen, selbst wenn er den Beweis der Wahrheit nicht erbringen kann, und daß derjenige, der bei einer Behörde in der Absicht, eine Strafverfolgung herbeizuführen, Umstände, die er für richtig hält, zur Anzeige bringt, zur Wahrnehmung berechtigter Interessen handelt. Hier würde daher eine Bestrafung der Angeklagten nur möglich sein, wenn entweder der Wille der Angeklagten nicht darauf gerichtet war, die ihr bekannt gewordene strafbare Handlung zum Zwecke der Strafverfolgung zur Kenntnis der Behörde zu bringen (E. Bd. 34 S. 216) oder wenn das Vorhandensein einer Beleidigung aus Form oder Umständen hervorging (§ 193 StGB.). Daß letzteres der Fall, ist im Urteil nicht dargelegt, die Frage nach der Absicht der Beleidigung ist vielmehr ausgeschaltet. Daß aber der Wille der Angeklagten dahin ging, die Anzeige zwecks Herbeiführung der Bestrafung zu erstatten, ist klar ausgesprochen und damit genügend ausgedrückt, daß die Anzeige zur Wahrnehmung berechtigter Interessen erfolgte. Hiernach konnte der Schutz des § 193 StGB. nicht versagt werden. Der Erstrichter hat anscheinend das von ihm festgestellte Motiv der Rachsucht für den Tatbestand der strafbaren Beleidigung verwertet. Auch das ist irrtümlich: war der ernstliche Wille der Angeklagten auf die Wahrnehmung berechtigter Interessen gerichtet, so kommt es nicht darauf an, ob der Wille durch verwerfliche Beweggründe — hier also durch rachsüchtige Pläne — hervorgerufen war. Anders läge die Sache, wenn die Angeklagte durch die Anzeige lediglich Rache hätte üben und Form und Mittel der Anzeige nur zur Verhüllung ihres eigentlichen Zweckes gewählt hätte. Dann würde ihr § 193 StGB. nicht zur Seite stehen, weil dann ihr Wille nicht dahin ging, das sogenannte Anzeigerecht auszuüben, sondern mit dem Vorsatze der Beleidigung nur dahin gerichtet war, die Ehre der angezeigten Person zu schmälern. (Urt. des V. StS. vom 27. Nov. 1906. 5 D 525/06).

742 — — e — —

IV.

Verleitung zum Falscheide (§ 160 StGB.). Der falsche Eid des § 160 StGB. steht im Gegensatze zum Meineid und umfaßt sowohl den nur objektiv falschen, als auch den fahrlässig falschen Eid (Entsch. d. RG. Bd. 25 S. 213). Die Vorschrift begreift aber nicht nur die Fälle des § 153 StGB., sondern auch

die des § 154. In Ansehung der letztern ist daher unter dem Verleiten zum Ableisten eines falschen Eides das Verleiten zur nichtwissentlichen Abgabe eines objektiv falschen eidlichen Zeugnisses zu verstehen. „Verleiten" bedeutet mithin, daß das „beste Wissen" des Zeugen — diesem selbst unbewußt — auf falsche Bahn gelenkt wird. Der Verleitende muß sich also einerseits bewußt sein, daß die Aussage, die der Zeuge nach seinem Willen machen soll, falsch sein würde, und daß der Zeuge zurzeit ein anderes „bestes Wissen" hat. Anderseits muß sein Wille darauf gerichtet sein, daß der Zeuge die Falschheit der ihm zugemuteten Aussage selbst nicht erkennt; er muß ihm, um einen Ausdruck des angefochtenen Urteils zu gegebrauchen, die Ueberzeugung von der falschen Tatsache „suggerieren". Hier würde der Tatbestand der §§ 160 f., 43 StGB. gegeben sein, wenn der Angeklagte bei seinen Beeinflussungsversuchen vorausgesetzt hätte, daß der Zeuge eine sichere Wahrnehmung gemacht habe. Wäre sein Wille dann darauf gerichtet gewesen, den Zeugen in der Ueberzeugung von dem, was er sicher wahrgenommen, wankend zu machen und ihn auf diese Weise dahin zu führen, daß er eidlich aussagte, er könne den in Frage stehenden Vorgang nicht bestimmt bekunden, so würde sich in der Tat als Inhalt seines Willens erweisen, daß der Zeuge nach seiner, des Angeklagten, Vorstellung, sich selber unbewußt, die Unwahrheit sage und so ein unwissentlich falsches eidliches Zeugnis ablege. Allein das Gericht erklärt, es nehme zugunsten des Angeklagten an, daß er sich tatsächlich in dem Glauben befand, der Zeuge könne den Vorgang nicht so genau gesehen haben. Damit glaubte das Gericht allerdings nur den Tatbestand des § 159 StGB. zu verneinen, die Möglichkeit auszuschließen, daß der Angeklagte angenommen habe, der Zeuge mache sich einer wissentlichen Verletzung der Eidespflicht schuldig, wenn er seiner Aufforderung entspreche. In Wirklichkeit wird dadurch auch dem Tatbestande des § 160 StGB. der Boden entzogen. Denn damit wird unterstellt, daß die eidliche Aussage, die der Angeklagte dem Zeugen zumutete, dem entsprochen haben würde, was der Zeuge nach der Vorstellung des Angeklagten tatsächlich wahrgenommen hatte, daß sie also keine unwahre, der Eid kein falscher gewesen wäre. (Urt. d. V. StS. v. 14. Dez. 1906. V D 701/06). — — e —

740

Oberstes Landesgericht.

A. Zivilsachen.

I.

Aelteres Hypothekenrecht. Zulässigkeit der Beschwerde gegen Eintragung einer Protestation (§ 94 HypG. in der Fassung der Novelle vom 20. Dezember 1903). **Hypothekerneuerung bei Höchstbetragshypotheken. Wirksamkeit gegenüber nachstehenden Hypotheken, die auf gesetzlichen Hypothekentiteln beruhen.** I. Auf dem Blatte für Pl.Nr. 62¹/₆ der StG. S. ist am 11. Dezember 1905 für M. K. zur Sicherung eines Baukredits eine Hypothek im Höchstbetrage von 35000 Mk. nebst Nebenkaution zu 3500 Mk. eingetragen worden. Am 27. September 1906 erfolgte auf Grund notarieller Urkunden die Eintragung, daß von dieser Hypothek ein Betrag von 5000 Mk. nebst 500 Mk. Nebenkaution wegen Verzichts auf das Hypothekenrecht löschungsreif sei, weil in Ansehung dieser Beträge kein Kredit mehr gewährt werde, ihr Rang aber zu diesen Beträgen unter Vorbehalt des Vorranges der verbleibenden 30000 Mk. nebst 3000 Mk. Nebenkaution einer dem Ziegeleibesitzer J. F. bestellten Sicherungs-Hypothek im Höchstbetrage von 5000 Mk. nebst 500 Mk. Nebenkaution eingeräumt werde. Inzwischen waren für mehrere Baukostenforderungen Hypotheken vorgemerkt worden, darunter am 29. Juni 1906 eine für Chr. M. und am 21. August 1906 eine für J. St. Die Vormerkungen wurden später in Hypotheken umgewandelt. Am 23. November 1906 beantragten M. und St. beim Hypothekenamt, zugunsten ihrer Forderungen Protestation gegen die Wirksamkeit der Rangeinräumung für die Sicherheitshypothek des J. F. einzutragen. Das Hypothekenamt lehnte die Eintragung ab, weil der Eigentümer zur Hypothekerneuerung auch gegenüber den auf gesetzlichen Titeln beruhenden Hypotheken berechtigt und das Vorrücken dieser Hypotheken bei gleichzeitiger Eintragung der Löschungsreife und der neuen Hypothek ausgeschlossen sei. Auf Beschwerde der Antragsteller ordnete das LG. die Eintragung der Protestation an. Das Beschwerdegericht nahm an, ein gesetzlicher Hypothekentikel gebe dem Gläubiger das Recht auf Erlangung einer Hypothek an nächst offener Stelle; der Gläubiger könne auf das Grundstück in der Rechtslage greifen, in der es sich bei Ausübung seines Rechtes befindet; ein dem Eigentümer zustehender Rangvorbehalt sei ihm gegenüber unwirksam. Hier sei die Hypothek des K. eine Sicherheitshypothek für künftige Forderungen gewesen, sie sei nicht mit der Eintragung, sondern erst mit der Entstehung der Forderungen und nur zu deren Betrage zum Dasein gelangt. Auf Grund der Erklärung des K., daß er über 30000 Mk. hinaus keinen Kredit mehr gewähre und deshalb insoweit die Löschung wegen Verzichts auf das Hypothekenrecht bewillige, könne angenommen werden, daß die dem K. bestellte Kreditkaution bereits am 29. Juni bis zur Höhe von 30000 Mk. erschöpft war. K. habe nur für diesen Betrag Hypothek erworben, nur dieser Betrag sei also dem M. und St. bei Eintragung der Vormerkungen für ihre Forderungen vorgegangen; diese Rangstellung habe ihnen die spätere Hypothekerneuerung für F. nicht entziehen können. Nach der Einlegung der weiteren Beschwerde wurde die Protestation der Anordnung des LG. gemäß eingetragen. Die weitere Beschwerde hatte Erfolg.

Aus den Gründen: 1. Der Statthaftigkeit der weiteren Beschwerde steht die Eintragung der Protestation nicht entgegen. Der dem § 71 Abs. 2 GBO. nachgebildete § 94 HypG. i. d. F. des Ges. vom 20. Dezember 1903 läßt zwar die Beschwerde gegen eine Eintragung, die nicht schon ihrem Inhalte nach unzulässig ist, nur mit dem Antrag auf Eintragung einer Protestation zu, der gegenüber einer eingetragenen Protestation nicht in Frage kommt. Aber diese ist keine Eintragung im Sinne des § 94. Auch der mit dem öffentlichen Glauben des Grundbuchs zusammenhängende § 71 Abs. 2 GBO. gilt nicht für die Beschwerde gegen die Eintragung eines Widerspruchs. § 94 HypG. versteht unter der Eintragung eine endgültige, wie § 106 HypG. sagt, „förmliche" Eintragung. Die Eintragung einer Protestation kann daher ebenso wie nach der früheren Fassung des § 94 angefochten werden.

2. Das Beschwerdegericht übersieht, daß die Eintragung einer Hypothek für eine künftige Forderung, solange diese nicht entstanden ist, nicht wirkungslos ist, sondern eine Gebundenheit des Grundstücks bewirkt, aus der sich die Hypothek mit der Entstehung der Forderung ohne weiteres entwickelt. Diese Gebundenheit wirkt gegenüber jedem Rechte an dem Grundstücke, das während ihres Bestehens erworben wird. Das sich aus ihr entwickelnde Hypothekenrecht geht den während ihres Bestehens begründeten Rechten vor, auch wenn die Forderung erst nach der Begründung dieser Rechte entsteht; auch eine auf gesetzlichem Titel beruhende Hypothek kann nicht hindern, daß die Entstehung der Forderung die ihr im Range vorgehende Hypothek ins Dasein ruft. M. und St. müßten sich den Vorrang der Hypothek des K. gefallen

lassen, wenn die ganze Forderung des K. erst am 1. September 1906 entstanden wäre, und der Beschwerdeführer würde ihnen vorgehen, wenn er nach der Eintragung der Vormerkungen für ihre Forderungen in das Kreditverhältnis eingetreten wäre, für das die Hypothek bestellt worden ist. Bestand die Gebundenheit des Grundstücks aus der Hypothekbestellung für K. noch zu der Zeit, als die Vormerkungen für M. und St. eingetragen wurden, so konnte auch nach § 84 Abs. 1 HypG. durch neue Hypothekbestellung eine neue gleichartige Gebundenheit begründet werden. Anders wäre es, wenn bei Eintragung der Vormerkungen das Kreditverhältnis, für das die Hypothek des K. bestellt worden ist, schon beendet gewesen sein sollte, sodaß feststand, daß aus ihm weitere Forderungen nicht mehr entstehen werden. Dann würde die Gebundenheit des Grundstücks in Ansehung des Betrags, zu dem Forderungen nicht entstanden sind, erloschen gewesen sein, die mit gesetzlichem Hypothekentitel ausgestatteten Gläubiger würden daher Rechte erlangt haben, deren Rangverhältnis sich nur nach den bestehenden Belastungen bestimmte, und es hätte das Rangverhältnis nicht dadurch geändert werden können, daß von dem Rangvorbehalte nach § 84 Abs. 1 HypG. Gebrauch gemacht wurde. (Beschl. vom 11. Januar 1907, I. ZS., III Nr. 1/07). ——n.

772

II.

Ersetzt die Feststellung der Vereinbarung von Beteiligten in Ansehung einer Wasserleitungsanlage im Verfahren vor der Wasserpolizeibehörde die notarielle Beurkundung über Bestellung der Grunddienstbarkeit? (WasserbenützungsG. von 1852 Art. 52, 73—76, EG. z. BGB. Art. 189, NotG. von 1860 Art. 14, NotG. von 1899 Art. 132). Zur Speisung der auf Grundstücken der Fischereibesitzerswitwe E. M. E. in N. Steuergemeinde T. angelegten Fischweiher bestand in dem der Gemeinde T. gehörenden Wasserlaufe „Hutgraben" eine vor längerer Zeit ohne polizeiliche Bewilligung hergestellte Stauvorrichtung, die einigen Nachbarn Anlaß zu Beschwerden gab. Zur Herbeiführung einer Einigung hielt das Bezirksamt E. im Juni 1902 einen Termin ab, zu dem der Sohn der Witwe E., Johann E. in N. und die sämtlichen übrigen Beteiligten erschienen. Es wurde Einigung dahin erzielt, daß die Stauvorrichtung beseitigt und „an Stelle der bisherigen Wasserspeisung von der gemeindlichen Krautwäsche bei Plan Nr. 34 aus eine Rohrleitung neben dem Gemeindeweg im Weggraben an der Südseite bis zur Weiheranlage geführt werden solle." Im Verfahren zur Anlegung des Grundbuches stellte im Dezember 1903 J. E. namens seiner Mutter als der Eigentümerin der Weiheranlage den Antrag, das Recht, die Rohrleitung in dem der Gemeinde gehörenden Grundstücke Plan Nr. 403½ zu haben, als Grunddienstbarkeit einzutragen. Der Gemeindeausschuß verweigerte die Zustimmung und das vom Bezirksamt E. wiederaufgenommene Verfahren, in dem Johann E. erklärte, daß er im Auftrage seiner Mutter gehandelt habe, und diese seine Erklärungen ausdrücklich genehmigte, blieb erfolglos, da der Gemeindeausschuß Einschränkungen im Wasserbezuge verlangte. Nun stellte die Witwe E. wieder den Antrag, die Grunddienstbarkeit einzutragen, indem sie gegenüber der Fassung des bezirksamtlichen Protokolls bemerkte, es könne kein Zweifel bestehen, daß die Grunddienstbarkeit für die Eigentümerin der Weiher bestellt worden sei. Das Amtsgericht hat den Antrag abgewiesen, weil nach dem Wortlaute der Vereinbarung Johann E. im eigenen Namen gehandelt und der Gemeindeausschuß ihm die Errichtung der Rohrleitung gestattet habe, ein Vertrag also mit der Eigentümerin der Weihergrundstücke nicht zustande gekommen sei. Auf Beschwerde der Witwe E. ordnete das LG. die Eintragung der Grunddienstbarkeit an. Auf die weitere Beschwerde des Gemeindeausschußes wurde die Entscheidung aufgehoben und die Beschwerde der Witwe E. zurückgewiesen.

Gründe: Art. 75 des WBG. vom 28. Mai 1852, nach welchem in dem in den Art. 73 bis 76 bestimmten Verfahren wegen Einrichtung oder Aenderung von Stauvorrichtungen und Triebwerken die Verwaltungsbehörde in dem zur Geltendmachung von Widerspruchsrechten zu bestimmenden Termine zunächst auf eine gütliche Verständigung hinwirken soll, hat allerdings die Auslegung gefunden, daß für die Vereinbarungen, soweit sie Verfügungen über Grundstücke oder Rechte an Grundstücken enthalten, die Beurkundung durch die Verwaltungsbehörde genügt. Dies wird daraus gefolgert, daß in dem Termin eine sofort wirksame Verständigung müsse erzielt werden können, weil die Verwaltungsbehörde nach Art. 76 Abs. 1 bei der Erteilung der Erlaubnis zur Ausführung des Unternehmens die Verständigung zugrunde zu legen hat und die Vereinbarungen im Falle der Erteilung der Erlaubnis zum Inhalte der Erlaubnis gemacht werden. Durch die Verständigung, auf deren Erzielung die Verwaltungsbehörde nach Art. 75 hinwirken soll, sollen die Hindernisse beseitigt werden, die die Widerspruchsrechte dem Unternehmen entgegenstellen, so daß die Ausführung des Unternehmens nach Art. 76 nur noch davon abhängt, ob es hinsichtlich des öffentlichen Interesses keinem Anstand unterliegt. Steht der Antragsteller in der Erkenntnis, nicht zum Ziele gelangen zu können, von dem Unternehmen ab, so kommt eine Verständigung im Sinne des Art. 75 nicht in Frage. Die Verwaltungsbehörde ist deshalb, wenn eine Einigung zustande kommt, die dem Antragsteller ermöglicht, den Zweck, den er mit dem geplanten Unternehmen anstrebte, in anderer Weise zu erreichen, nicht berufen, die Verfügungen über Grundstücke oder Rechte an Grundstücken zu beurkunden, die in Vollziehung einer solchen Vereinbarung getroffen werden. Hieran wird auch dadurch nichts geändert, daß das Bezirksamt den im Termine vom 26. Juni 1902 vereinbarten Plan „aufsichtlich genehmigt" hat. Zur Ausführung des Planes bedurfte es einer Bewilligung nicht, die aufsichtliche Genehmigung hatte nur die Bedeutung, daß das Bezirksamt keinen Anlaß gefunden hat, auf Grund des Art. 52 WBG. eine abweichende Anordnung zu erlassen. Hiernach konnte durch die Vereinbarung für die Gemeinde T. zwar die Verpflichtung begründet werden, eine Grunddienstbarkeit zu bestellen, wozu es nach dem BGB. einer Form nicht bedurfte, die Bestellung konnte aber nach Art. 14 des NotG. von 1861, der nach Art. 189 des EG. z. BGB. und Art. 132 des NotG. vom 9. Juni 1899 für die Landesteile in Geltung geblieben ist, in denen das Grundbuch noch nicht als angelegt anzusehen ist, nur durch notariellen Vertrag erfolgen. Da ein solcher nicht vorliegt, steht fest, daß der Witwe E. als Eigentümerin der Weiheranlage die behauptete Grunddienstbarkeit nicht zusteht. (Beschl. vom 7. Nov. 1906 [I. ZS.] Rep. III Nr. 73/06). K.

767

III.

Hoftheaterprozeß. Inhalt und Umfang der Baupflicht in Ansehung eines Theaters. Bedeutung der Entscheidungsgründe für die Auslegung der Urteilsformel. Das Hoftheater in München ist vom Staate erbaut und als Staatsgebäude übernommen worden. Die Instandhaltung wurde bis zum FinG. vom 28. Dez. 1831 vom Staat bestritten. Durch dieses Gesetz und das vom 1. Juli 1834, Festsetzung einer permanenten Zivilliste betr., erfolgte eine Ausscheidung der Hofbauten von den Staatsgebäuden; es wurde der Aufwand für erstere der Zivilliste überwiesen. In dem in der Beil. zu Nr. 2 des GBl. von 1834 enthaltenen Verzeichnisse ist das Hoftheater nicht aufgeführt, dessen

Benutzung dem König zur Pflege der theatralischen Künste überlassen wurde. Das Gebäude wurde fortan als Staatsgebäude behandelt; während der Betriebsaufwand von der Zivilliste bestritten wird, wurden die Kosten für Ausbesserungen und Neubauten vom Staat getragen. 1882 beauftragte der Magistrat die Intendanz, zur Sicherung in Brandfällen bauliche Aenderungen vorzunehmen und ein neues Dekorationsmagazin herzustellen. Die Zivilliste verlangte vom Fiskus die Ausführung dieser Bauvornahmen; da er sich weigerte, klagte sie mit dem Antrag, den Fiskus schuldig zu erklären, die Baupflicht des Staates anzuerkennen, und ihn zu verurteilen, die baulichen Aenderungen vornehmen zu lassen. Durch Teilurteil wurde der Fiskus schuldig erklärt. die Baupflicht des Staates anzuerkennen. Das LG. hatte in den Gesetzen von 1831 und 1834 die Grundlage eines Privatrechtsverhältnisses erblickt und angenommen, daß die Verpflichtung des Staates den Inhalt habe, das Theater in einem den jeweiligen Anforderungen eines ordnungsmäßigen Betriebs entsprechenden baulichen Zustande zu erhalten. Als selbstverständliche Folge dieses Inhalts der Baupflicht wurde in den Gründen bezeichnet, daß sie „sich unter Umständen auch auf Vornahme von Veränderungen und Erweiterungen erstreckt, ohne die ein ordnungsmäßiger Betrieb des Theaters nicht möglich wäre". Die Berufung des Fiskus wurde durch rechtskräftiges Urteil vom 1. Juni 1883 zurückgewiesen. Das OLG. schloß sich den Ausführungen des LG. an, ohne die Erstreckung der Baupflicht auf Erweiterungsbauten zu erwähnen. Mit Rücksicht auf das Urteil bewilligte der Landtag zur Ausführung der Bauvornahmen insbesondere für Umbau der Dekorationsmagazine eine Summe. Eine spätere Untersuchung der Zustände des Theaters hatte zur Folge, daß die Regierung am 12. Juli 1904 einen Nachtrag zum FinG. für die XXVII. FinP. mit der Forderung von 323540 Mk. einbrachte. Die K. d. Abg. lehnte die Bewilligung ab. Die Zivilliste erhob wieder Klage mit dem Antrage, den Fiskus schuldig zu erklären, die zur Erweiterung des Magazins an der Oe.straße notwendigen Bauten ausführen zu lassen. Der Fiskus bestritt die Notwendigkeit eines Erweiterungsbaues; er behauptete, den bestehenden Mißständen lasse sich durch Ausscheiden entbehrlicher Gegenstände usw. abhelfen. Das LG. gab der Klage statt. Es verstand das frühere Urteil dahin, daß die Baupflicht des Staates in dem damals von der Klägerin beanspruchten Umfange festgestellt worden sei. Die Berufung des Fiskus wurde zurückgewiesen. Die Revision wurde verworfen.

Gründe: Die Annahme der Vorinstanzen, die Erstreckung der Baupflicht des Staates auf Erweiterungsbauten sei rechtskräftig festgestellt, ist irrig. In dem früheren Rechtsstreite hat die Klägerin nur die Feststellung einer uneingeschränkten Baupflicht des Staates beantragt, indem sie annahm, daß hieraus sich ohne weiteres die Verpflichtung zur Herstellung der notwendigen Erweiterungsbauten ergebe. Demgemäß stellt die rechtskräftige Entscheidung nur fest, daß dem Staate die Baupflicht obliegt. Das LG. folgerte in seinen Gründen daraus, daß die Baupflicht dem Staate ohne Einschränkung obliegt, die Verpflichtung zu Erweiterungsbauten, aber eine Entscheidung hierüber hat es nicht getroffen, weil sie nicht beantragt war. Daraus erklärt sich auch, daß das OLG. von Erweiterungsbauten schweigt: es hatte keinen Anlaß, auf diese Frage einzugehen, die nicht Gegenstand des Streits war. Die Baupflicht des Staates ist ohne Einschränkung festgestellt und aus den vom OLG. gebilligten Gründen des LG. ergibt sich, daß die Baupflicht im vollen Umfange gemeint war, deren Inhalt sich nach dem jeweils für den ordnungsmäßigen Betrieb Erforderlichen bestimmt. Die Urteilsformel und die Gründe stehen im Einklange, die Gründe erläutern die Bedeutung der Formel in dem Sinne, der ihr vermöge ihres Wortlauts zukommt. Die Folgerung, die das LG. aus der uneingeschränkten Baupflicht des Staates gezogen hat, ist zwar nicht nach § 325 ZPO. für die Parteien bindend, aber zutreffend. Wenn der Staat dafür sorgen muß, daß das Gebäude jeweils den Anforderungen eines ordnungsmäßigen Betriebs entspricht, so beschränkt sich die Pflicht nicht darauf, in dem Hauptgebäude Aenderungen vorzunehmen, sondern er muß, wenn die Räume dem Betriebe nicht mehr genügen, auch die notwendigen neuen Räume schaffen und hierzu ein neues Nebengebäude herstellen oder ein vorhandenes erweitern. Ist der ordnungsmäßige Betrieb durch den Mangel an Raum gehindert, so leistet das Hauptgebäude seiner Bestimmung nicht mehr Genüge; der Zustand, für den der Staat sorgen muß, läßt sich auch in dem Hauptgebäude nur dadurch herstellen, daß die notwendigen Räume in Nebengebäuden geschaffen werden. Ebenso kann ein Nebengebäude seinen Zweck nicht mehr erfüllen, wenn es an dem für die erhöhten Bedürfnisse des ordnungsmäßigen Betriebs notwendigen Raume fehlt. (Urt. vom 22. Sept. 1906 [I. Z.S.] I 140/06).

770 K.

Bem. d. Eins: Es steht nun zwar rechtskräftig fest, daß dem Fiskus die Baupflicht in Ansehung des Hoftheaters — genauer aller dem Betriebe dieses Theaters dienenden Gebäulichkeiten — obliegt. Gleichwohl ist durch die endgültige Erledigung dieser Streitfrage die Möglichkeit der Wiederkehr ähnlicher Rechtsstreitigkeiten nicht ausgeschlossen. Bei dieser besonderen Art von Baupflicht versagt die Analogie zur Anwendung der für den Umfang der Baupflicht in Ansehung von Gebäuden für Kultus oder Unterricht bestehenden Grundsätze. Da Verwaltungsbehörden, die im geordneten Instanzenzuge über die Frage des Bedürfnisses einer Bauleistung zu entscheiden hätten, nicht bestellt sind, kann die Frage, ob ein solches Bedürfnis besteht, immer wieder nur vom Prozeßgerichte entschieden werden, wenn der Baupflichtige das Vorhandensein eines Bedürfnisses, die Fälligkeit einer Baupflichtleistung, bestreitet. Es kann stets von neuem der Einwand erhoben werden, daß dem durch den Mangel an genügendem Raum zur Aufbewahrung von Requisiten hervorgetretenen Bedürfnisse nach einem Erweiterungsbau auch auf andere Weise, insbesondere durch Beseitigung unnützer oder entbehrlich gewordener Stücke abgeholfen werden könne. Und dieser Einwand ist umsoweniger ohne weiteres von der Hand zu weisen, als es bekanntlich auf dramatischem und musikalisch-dramatischem Gebiet auch sog. Eintagsfliegen gibt, die aber oft einen sehr umfangreichen und kostspieligen szenischen Apparat erfordern. Das Werk wird einmal oder einigemale aufgeführt, um dann für immer vom Spielplane zu verschwinden; Kulissen und Dekorationsstücke wandern dann zur dauernden Ruhe in das Magazin. Dieser Rechtszustand ist gewiß unbefriedigend, da er den Umfang dieser Baupflicht fast jeder Bestimmbarkeit nach objektivem Maßstab, wie er bei der Kultus- und Schulbaulast anzulegen ist, entzieht. Nur vom subjektiven, einen weiten Spielraum gewährenden Ermessen der jeweiligen Theaterleitung hängt die Entscheidung darüber ab, was „zum ordnungsmäßigen Betriebe des Theaters" gehört, welche Werke inszeniert werden sollen. Diese Maßnahmen bieten also den Anlaß zu der im Laufe der Zeit eintretenden Ueberfüllung der Magazine. Dringend zu wünschen wäre deshalb, daß die Beteiligten sich über einen Modus einigen könnten, der dem ganz ins Unbestimmte und Unbestimmbare gehenden Umfang der Baupflicht — wenigstens soweit es sich um Befriedigung des Bedürfnisses in normalen Leistungsfällen handelt, eine einigermaßen sichere Grenze ziehen würde, sei es durch Ansammlung eines Baufondes, sei es auf andere Art. K.

B. Straffachen.

Jagdausübung durch den Grundeigentümer eines umzäunten Grundstückes nach dem in der Pfalz geltenden Rechte. Das in Nr. 1 für 1907 auf S. 25 abgedruckte Urteil des LG. Frankenthal wurde bestätigt.

Aus den Gründen: Richtig ist, daß in dem Anlocken von Wild, um es zum Uebertritt aus fremdem in das eigene Jagdgebiet zu bewegen, ein Jagvergehen nicht erblickt werden kann, wenn der Täter auf dem fremden Jagdgebiete keine Tätigkeit entwickelt, mit der dem Wild nachgestellt werden soll. Dies hat das Berufungsgericht auch nicht verkannt. Allein nach der für das Revisionsgericht maßgebenden Feststellung hat der Angeklagte sich nicht auf eine Tätigkeit innerhalb seines Pflanzgartens beschränkt, sondern auf das Nachbargrundstück Futter als Lockmittel gestreut, um das in dem fremden Jagdbezirke sich aufhaltende, seinem Jagdrechte nicht unterliegende Wild zum Ueber-

tritt in sein Jagdgebiet zu veranlassen und es nach dem Uebertritte zu erlegen. Das „Jagen" im Sinne des § 292 StGB. umfaßt alle Handlungen, durch die Wild aufgesucht, verfolgt oder in Besitz genommen wird. Zur Vollendung genügt jedes strafbare Nachstellen nach dem Wild an einem Orte, an dem man zu jagen nicht berechtigt ist. Solange der Jagdberechtigte in seinem Jagdgebiete sich aufstellt und das dorthin aus dem Nachbarbezirke übergetretene Wild „sich aneignet", ist er straflos; er macht sich dagegen strafbar, wenn er durch eine auf dem fremden Jagdgebiete vorgenommene Handlung den Uebertritt des Wildes auf das eigene Gebiet herbeiführt. Dabei kann es keinen Unterschied machen, ob der Jagende den fremden Jagdbezirk selbst betritt, um auf ihm eine das Uebertreten des Wildes bewirkende Handlung vorzunehmen oder ob er es von seinem Grundstücke aus in der Weise tut, daß er über dessen Umzäunung hinaus auf das benachbarte Grundstück einwirkt. Der Angeklagte hat nicht etwa bloß Vorbereitungshandlungen vorgenommen, um erst später das angelockte Wild zu erlegen, sondern unmittelbar, nachdem die Lockmittel von Erfolg gewesen waren, aus dem schußbereit gehaltenen Gewehre zwei Schüsse nach Fasanen abgegeben. In der Art, wie er die Jagd ausübte, hat sie wenigstens teilweise auf fremdem Jagdgebiete stattgefunden. Daher ist der Tatbestand des § 292 StGB. erfüllt. (Urt. vom 28. Dezbr. 1906).
757 H.

Oberlandesgericht München.

Notwendigkeit eines Mandatswechsels (§ 91 Abs. 2 ZPO.). In einem Verteilungsprozeß wurde der Beklagte W. in 1. Instanz ursprünglich durch den RA. Z. in M. vertreten; nach der 1. Sachverhandlung erging Beschluß auf Aussetzung bis zur Erledigung eines konnexen Rechtsstreits. Während dieser Aussetzung legte RA. Z. wegen Antritts eines Bürgermeisterpostens und Löschung in der Rechtsanwaltsliste das Mandat nieder. Von da ab führte RA. F. die weitere Vertretung des Beklagten. Der Beklagte siegte. Bei der Kostenfestsetzung wurden die Mehrkosten des Anwaltswechsels zugebilligt; hiergegen erhob der Kläger Beschwerde, weil der Beklagte M. in Wirklichkeit dem RA. Z. schon erhebliche Zeit vor der Löschung aus persönlichen Gründen das Mandat (wie auch in anderen Prozessen) entzogen gehabt habe. Die Beschwerde blieb erfolglos, weil der Anwaltswechsel infolge der Zulassungsaufgabe des RA. Z. jedenfalls hätte eintreten müssen, auch wenn der Beklagte ihm nicht schon vorher das Mandat gekündigt hätte, sonach die Mehrkosten des Vertreterwechsels dem Beklagten auch ohne diese Kündigung notwendig erwachsen wären (RGE. 15, 393; JW. 99, 532). — (Beschluß vom 22. Oktober 1906, Beschw.-Reg. IV 554/06). N.
670

Oberlandesgericht Bamberg.

Zuchtstierhaltung. Begründung als Reallast. Rechtsfolge der Teilung des belasteten Grundstücks. Klageberechtigung der Gemeinde. (§§ 1105, 1108 BGB.). Die Gemeinde B. klagte gegen den Landwirt X. auf Anerkennung einer Zuchtstierhaltungspflicht, welche in der Gemeinde seit unvordenklicher Zeit nach einem festgelegten Turnus den Eigentümern gewisser Grundstücke (Viertelshöfe) obliegt. Der Beklagte bestritt das Vorhandensein einer Reallast, eventuell deren Fortbestand infolge Teilung des betreffenden Grundstücks und die Klageberechtigung der Gemeinde. Das OLG. wies diese Einwände zurück.

Aus den Gründen: Es fragt sich, ob eine Reallast oder eine persönliche Verpflichtung vorliegt. Reallasten sind solche von dem jeweiligen Besitzer eines liegenden Guts als solchem zu bewirkende Leistungen, welche in gewissen Zeitabschnitten oder bei bestimmt wiederkehrenden Ereignissen zu entrichten sind. Sie sind also dingliche Rechte, nicht Dienstbarkeiten im römischrechtlichen Sinne, sondern Nutzungsrechte deutschrechtlicher Natur. Hier ist festgestellt, daß der jeweilige Besitzer gewisser Grundstücke in der Gemeinde B. zur Zuchtstierhaltung verpflichtet ist, so oft ihn die Reihe trifft. Damit ist der Begriff einer Reallast erschöpft. Eine solche Last konnte nach bisherigem Recht durch Rechtssatz, Rechtsgeschäft oder Zeitablauf begründet werden; nach dem BGB. ist letztere Entstehungsart ausgeschlossen. Ob und wie Reallasten durch Zeitablauf begründet werden können, ist bestritten; doch hat sich der Oberste Gerichtshof immer für die Anwendung der Regeln der außerordentlichen Eigentumsersitzung auf Reallasten ausgesprochen, die in regelmäßig wiederkehrenden Leistungen bestehen, während er für die Reallasten, bei denen das nicht der Fall ist, unvordenkliche Verjährung für erforderlich hält. Diese Streitfrage bedarf keiner Entscheidung, weil die Klägerin ihren Rechtserwerb nur auf unvordenkliche Verjährung stützt. Der Beklagte bezeichnet als Entstehungsgrund der Verpflichtung einen Vertrag, nämlich eine unter den Viehbesitzern von B. vor unvordenklicher Zeit getroffene Vereinbarung über die Zuchtstierhaltung und folgert daraus, daß nur eine persönliche Verpflichtung bestehe. Dieser Schluß ist irrig. Denn durch Vertrag kann auch eine dingliche Verpflichtung geschaffen werden. Es ist möglich, daß die Zuchtstierhaltung in weit zurückliegender Zeit durch Vereinbarung der Hofbesitzer geregelt wurde; der gegenwärtige Zustand muß einen Anfang gehabt haben und es spricht die höchste Wahrscheinlichkeit für eine Entstehung durch Uebereinkunft der Beteiligten. Aber es ist fast gewiß, daß die Vereinbarung die Begründung einer Reallast bezweckte; denn das war früher die beliebteste Wirtschaftsform. Während die Neuzeit bestrebt ist, Grund und Boden von allen Belastungen zu befreien, ging das Mittelalter darauf aus, mannigfache Leistungen mit dem Grund und Boden zu verknüpfen und so Reallasten zu begründen (Motive z. BGB. Bd. 3 S. 572). Wenn also auch eine Vereinbarung hier vorliegen sollte, so ist damit noch nicht das Vorhandensein einer obligatorischen Verbindlichkeit dargetan, vielmehr muß angenommen werden, daß die Last von Anfang an als Reallast geschaffen wurde, weil sie jetzt zweifellos dinglichen Charakter hat. Die unvordenkliche Verjährung erfordert den Nachweis, daß der jetzige Zustand ununterbrochen zwei Menschenalter, also 80 Jahre hindurch, bestanden hat. Der Gegenbeweis ist erbracht, wenn erwiesen ist, daß der Zustand zu irgend welcher Zeit innerhalb der letzten 80 Jahre nicht bestanden hat. Hier kommt der Zeitraum von 1820 bis 31. Dezember 1899 in Betracht, da vom 1. Januar 1900 ab die Begründung einer Reallast durch Zeitablauf nicht mehr stattfindet. Durch den Ablauf der unvordenklichen Zeit soll nicht ein Rechtszustand begründet, vielmehr ein Begründetsein durch eine frühere, dem Gedächtnis der lebenden Generation entschwundene Tatsache außer Zweifel gestellt werden. Die Vermutung, daß vor unvordenklicher Zeit die Reallast rechtmäßig entstanden sei, wird dadurch zerstört, daß vom Gegner ein bestimmter Anfang nachgewiesen wird; jedoch muß sich dieser Anfang auf den Zustand beziehen, welcher während der letzten 80 Jahre bestanden hat (Seuff. Arch. Bd. 22 Nr. 13). Der von der Klägerin zu führende Beweis, daß eine Reallast vorliege, ist erbracht. (Folgt tatsächliche Ausführung). Der Beklagte macht geltend, selbst wenn die Grundstücke die Träger der Last wären, sei er von ihr frei, da er keinen ganzen Viertelshof besitze,

sondern nur einen Teil. Auch dieses Vorbringen ist unbegründet. Da die Last unlösbar mit den Grundstücken verbunden ist, geht sie bei einer Teilung des belasteten Viertelshofs nicht unter, sondern es haften, wenn die realberechtigte Gemeinde nicht in die Teilung eingewilligt hat, die Eigentümer der einzelnen Teile als Gesamtschuldner für die ganze Last (Holzschuher, Theorie und Praxis, 2. Aufl., Bd. 2 S. 373 Ziff. 1). Der Beklagte kann daher in Anspruch genommen werden, wenn er auch keinen ganzen Viertelshof besitzt. Es war nicht Pflicht der Gemeinde, bei der Teilung Widerspruch zu erheben und ihr Recht geltend zu machen; es war vielmehr Sache der Teilenden, die Gemeinde beizuziehen, falls durch die Teilung der Viertelshof ganz oder teilweise lastenfrei werden sollte; im anderen Falle hatte die Gemeinde weder einen Anlaß noch ein Recht zum Widerspruch oder zu sonstiger Einmischung; sie konnte aber nach der Teilung beliebig einen der Gesamtschuldner für die ganze Last in Anspruch nehmen.

Der Beklagte bekämpft die Aktivlegitimation der Gemeinde unter der Behauptung, diese sei vor 1818 kein Rechtssubjekt gewesen und habe daher das strittige Recht nicht erwerben können; es seien die Viehbesitzer die wirklich Berechtigten gewesen und es könne die Gemeinde nicht im eigenen Namen, sondern nur für die Viehbesitzer klagen. Allein es steht fest, daß die Gemeinde B. schon vor 1818 organisiert und ein erwerbsfähiges Rechtssubjekt war. Uebrigens kommt hierauf gar nichts an, weil es sich um einen Erwerb nach 1818 handelt. Jedenfalls steht aber das fragliche Recht der Gemeinde zu, zwar nicht als selbständigem Vermögenssubjekt, aber als der Gesamtheit der Gemeindeglieder, welche Grundbesitzer sind und Vieh halten, zu deren Vorteil (ObLG. n. F. Bd. 3 S. 425; Bd. 6 S. 692). In diesem Falle ist die Gemeinde in der Praxis stets als zur Führung des Prozesses im eigenen Namen legitimiert erachtet worden (ObLG. ä. F. Bd. 11 S. 410; Seuff. Arch. Bd. 52 Nr. 89). (Urt. des I. ZS. v. 17. Nov. 1906, BerR. 93/04).

762 Mitgeteilt von Oberlandesgerichtsrat Schäfer in Bamberg.

Landgericht München I.

I.

Die Zwangsvollstreckung aus Hypothekurkunden, welche sich auf eine Hypothek beziehen, die vor der Anlegung des Grundbuches schon bestanden hat, ist gegen eine Ehefrau nur zulässig, wenn ein Vollstreckungstitel gegen den Ehemann auf Duldung der Vollstreckung gegen die Frau vorliegt (§ 739 ZPO.).[1] Die Vollstreckbarkeit dieser Urkunden ist durch Art. 8 EG. z. Ges. betr. Abänderung der ZPO. vom 17. Mai 1898 und durch Art. 166 AG. z. BGB. aufrechterhalten worden. Diese Hypothekenbriefe sind nun zwar keine Vollstreckungstitel auf Grund der ZPO., sie sind von der bayer. Landesgesetzgebung zu solchen auf Grund des § 801 (früher 706) ZPO. gemacht worden. Es muß aber doch angenommen werden, daß die in der ZPO. aufgestellten allgemeinen Vorschriften auch für derartige landesgesetzliche Vollstreckungstitel zu gelten haben. Nun ist im § 801 (706) ZPO. allerdings der Landesgesetzgebung auch das Recht eingeräumt worden, hinsichtlich von ihr geschaffener Vollstreckungstitel Vorschriften zu treffen, die von denen der ZPO. abweichen, und die bayer. Gesetzgebung wäre daher, wie das Erfordernis der Duldungsklausel eingeführt wurde, in der Lage gewesen, sie bei altrechtlichen Hypothekenbriefen für entbehrlich zu erklären, sie hat das aber nicht getan. Natürlich hat dies aber nicht schon geschehen können, als diese Vollstreckungstitel im § 127 und 128 AG. z. ZPO. vom 13. Februar 1879 geschaffen wurden. Denn damals kannte die ZPO. das Erfordernis der Duldungsklausel noch nicht. Dies hätte vielmehr nur geschehen können gelegentlich der Einführung der Abänderungen der ZPO., durch die die Duldungsklausel erst eingeführt wurde. Art. 166 AG. z. BGB. enthält aber darüber nichts. Aus den Motiven zu diesem Gesetz ist auch nicht ersichtlich, daß etwas derartiges beabsichtigt war (Becher Materialien 2 S. 98). Auch aus Art. 8 EG. z. Ges. betr. Abänderung der ZPO. vom 17. Mai 1898 kann etwas derartiges nicht entnommen werden. Denn darin sind bloß die bereits bestehenden landesrechtlichen Vorschriften über die Vollstreckbarkeit von Hypothekurkunden aufrechterhalten. Für die Frage aber, ob zur Vollstreckung gegen eine Ehefrau noch ein Vollstreckungstitel gegen den Mann auf Duldung der Zwangsvollstreckung erforderlich ist, ist diese Bestimmung ohne Einfluß und, da auch daraus, daß in §§ 127, 128 AG. z. ZPO. die Duldungsklausel nicht erwähnt ist, nichts gegen dieses Erfordernis geschlossen werden kann, muß angenommen werden, daß die von der ZPO. im § 739 allgemein aufgestellte Regel auch für derartige Hypothekenbriefe zu gelten hat (a. M. Neumiller ZPO. N. 11 zu § 801). — (Beschl. vom 6. Nov. 1906, Beschw.-Reg. 476/06). — l.

696

II.

Rechtsbehelfe bei Uebertragung der Mobiliarversteigerung an einen Notar (§ 825 ZPO.); entsprechende Anwendbarkeit der gesetzlichen Versteigerungsvorschriften für GVollz. (§ 816 ZPO.). M. erwirkte gegen H. wegen eines vollstreckungsreifen Guthabens von etwa 70 000 Mk. bei dem AG. M. Beschluß auf Pfändung und notarielle Versteigerung eines Anteils des H. an einer G.m.b.H. Der vom Gläubiger ausgewählte Notar setzte Versteigerungstermin auf 23. Febr. 1906 an und veröffentlichte ihn im Amtsblatt vom 14. Febr. 1906. Der Schuldner machte glaubhaft geltend, der Geschäftsanteil habe zurzeit einen buchmäßigen Wert von über 800 000 Mk. und verlangte vom Notar Anberaumung eines Verständigungstermins, Verlegung der Versteigerung auf mindestens zwei Monate und Ausschreibung des Termins in mehreren insbesondere auswärtigen Zeitungen. M. verhielt sich ablehnend, worauf der Notar erklärte, den Anträgen mangels Zustimmung des Gläubigers nicht stattgeben zu können. Auf Anrufen entschied das LG., daß die Verweisung auf die Zustimmung des Gläubigers ungerechtfertigt sei.

Aus den Gründen: Die Anordnung notarieller Versteigerung entspricht den §§ 857 Abs. 5, 844 ZPO., 15 GmbHG., Art. 2 NotG., wobei unerörtert bleiben kann, ob die Form der freiwilligen Uebertragung notarielle Zwangsversteigerung nötig machte (vgl. Mot. zu Art. 2 NotG.; Becher, Mat. VIII 39). Gemäß §§ 227 NotGeschO. haben die Notare hierbei die gesetzlichen Vorschriften und Dienstanweisungen zu beobachten. Mangels besonderer Normen ist daran festzuhalten, daß der bayerische Notar stets als Beamter und niemals als Mandatar wie ein Gerichtsvollzieher handelt, daß auch im vorliegenden Falle das Versteigerungsrecht trotz Auswahl des Notars durch den Gläubiger aus dem amtlichen Auftrag des Vollstreckungsgerichts sich herleitet und daß die notarielle Prozedur selbst Vollstreckung ist. Allerdings lassen die §§ 837 Abs. 5 844, 825 ZPO. dem Vollstreckungsgericht freie Hand hinsichtlich der zu treffenden Maßnahmen. Mangels solcher besonderer Vorschriften aber ist es (gegen Gaupp-Stein ZPO.) selbstverständlich, daß die im Interesse des Schuldners und der sonstigen Beteiligten für die Gerichtsvollzieherversteigerung vorgesehenen Sicherungsmaßnahmen, insbesondere § 816 Abs. 1 bis 3 ZPO. auf solche Versteigerungen durch andere Beamte entsprechend anwendbar sein müssen. Es wäre ver-

[1] Vgl. hierzu die Mitteilung auf S. 12 dieses Jahrgangs der Zeitschrift.

kehrt, einerseits die Versteigerung wegen Wichtigkeit der Sache einem Notar zu übertragen, anderseits aber dieser Uebertragung die Wirkung beizumessen, daß der Gläubiger über § 816 ZPO. hinaus eigenmächtig Frist und Veröffentlichungsart der Versteigerung bestimmen dürfte, während ihm bei der regelmäßigen Vollstreckung und sogar beim Faustpfandverkauf geringfügiger Mobilien ein solches Recht nicht zusteht (GeschA. f. GVollz. §§ 171, 113, 224, 243). Mangels besonderer Anordnungen des Vollstreckungsgerichts im Versteigerungsbeschluß wäre nun allerdings dieses Gericht auf Anrufen der Interessenten zur nachträglichen Korrektur ungeeigneter Maßnahmen des Vollstreckungsbeamten gemäß § 766 ZPO. berufen (vgl. OLG. München in BayZfR. 1906 S. 21). Anderseits erscheinen hier aber auch die Art. 17, 57 NotG. anwendbar, weil die angesonnenen Maßnahmen Amtshandlungen des Notars sind, bei dessen grundsätzlicher Weigerung die Entscheidung im Dienstweg dem Landgericht zusteht, wie ja auch dieser Weg schließlich allein zum Vollzug von Beschlüssen nach § 766 ZPO. gegenüber Vollstreckungsbeamten führt (vgl. Neumiller, ZPO. Bem. zu Abs. 2 § 766). Hiernach erschien es sachgemäß, die gegenwärtige Frage lediglich grundsätzlich zu entscheiden, weil dadurch der pflichtgemäßen Erwägung des Notars und des Vollstreckungsgerichts bezüglich der einzelnen Maßregeln nicht vorgegriffen, anderseits den Interessen des Antragstellers auch für den Fall Berücksichtigung gesichert ist, daß etwa die vollstreckungsgerichtliche Zuständigkeit verneint werden sollte. (Beschl. v. 2. März 1906; Beschw.Reg.Nr. 80/06).
686 N.

III.

Zu Art. 111 GebG. Die Gebühr des Art. 111 kann nicht in Ansatz kommen, wenn nach dem maßgebenden Rechte eine Eröffnung eines Testaments nicht erfolgen kann. Um die Eröffnung eines in San José errichteten Testaments wurde vom Nachlaßgericht die mit der Verwahrung betraute Behörde ersucht. Nach der Mitteilung des deutschen Konsulats für Costa-Rica und Nicaragua ist das Testament, das seinem vollem Inhalte nach im Protokollbuch des Zivilrichters in San-José eingetragen ist, ein offenes und öffentliches; das Protokollbuch wird, wenn es abgeschlossen ist, dem dortigen Gesetze gemäß zur ewigen Aufbewahrung an den Generalarchivar abgegeben und steht in dessen Bureau jedermann, nicht nur Interessenten, zur Einsicht offen, wie auch jedermann durch den Archivar eine Abschrift erhalten kann. Die Formalität einer Testamentseröffnung oder die Errichtung eines die Testamentseröffnung bescheinigenden Protokolls kann nach dem in Costa-Rica geltenden Rechte nicht vorgenommen werden. Hiernach ist eine Eröffnung des in Costa-Rica errichteten Testaments überhaupt nicht erfolgt. Daß es aber gerade auf die Tatsache der Eröffnung bei Erhebung der Gebühr des Art. 111 ankommt, ergibt sich aus der bei den Verhandlungen des Justizgesetzgebungsausschusses über die Aenderungen des Gebührengesetzes in der Kammer der Reichsräte (Verh. d. K. d. Reichsräte 1898/99 S. 421) unter ausdrücklicher Billigung der Regierung gefallenen Aeußerung des Reichsrats von Heffert, die sich mit dem in der Pfalz geltenden französischen Rechte befaßte, dem das in Costa-Rica geltende Recht nachgebildet ist (Böhm, Internat. Nachlaßbehandlung Erg.-Bd. S. 161). Damals wurde ausdrücklich betont, daß in jenen Fällen, in denen die Testamentseröffnung nicht geboten ist, eine Eröffnungsgebühr nicht angesetzt wird. Allerdings hat der Redner auch ausgeführt, daß nach neuem Rechte auch die Verkündigung solcher Testamente des französischen Rechtes mit Rücksicht auf §§ 2260, 1944 BGB. unerläßlich sei. Dies hindert jedoch nicht, daß trotzdem Fälle eintreten, in denen die Eröffnung tatsächlich nicht durchführbar ist (vgl. Lafrenz im Recht 1902 S. 553). (Beschl. d. I. Zivilk. v. 20. Dezember 1906).
756 — I.

Literatur.

Kretzschmar, Ferdinand, Oberlandesgerichtsrat in Dresden, Das Sachenrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Leipzig 1906, Roßberg'sche Verlagsbuchhandlung, Arthur Roßberg. Brosch. Mk. 16.—.

Es ist eine auffallende Erscheinung, daß das Sachenrecht des BGB. immer wieder neue Bearbeiter anzieht. Der Grund liegt wohl darin, daß es einen in sich geschlossenen und ganz besonders folgerecht durchgedachten Teil des BGB. bildet und daß seine engen Beziehungen zu anderen interessanten Gesetzen (GBO., ZwVG.) der Kommentierung dankbare Aufgaben bieten. Der Verfasser, der sich schon durch häufige schriftstellerische Betätigung auf dem Gebiete des Sachenrechts einen Namen gemacht hat, hat eine sehr beachtenswerte Arbeit geliefert. Ihre Eigentümlichkeiten liegen vor allem darin, daß die Literaturzitate sehr beschränkt sind, und das Hauptgewicht auf eine abgerundete und selbständige Erläuterung gelegt ist. Deshalb eignet sich das Buch ganz vorzüglich zum Gebrauche beim Studium. von der Pfordten.

Rittmann, Otto, Der Wert des Streitgegenstandes. 2. Aufl. 1905. Straßburger Druckerei und Verlagsanstalt. Geb. Mk. 9.—.

Das systematisch angelegte Werk soll, wie schon der Umfang vermuten läßt, eine möglichst erschöpfende Darstellung des in den Kommentaren zumeist nur nebensächlich behandelten Stoffes bieten. Die neue Auflage hat eine durchgreifende Umarbeitung und wertvolle Bereicherung des kasuistischen Inhalts erfahren. Die Rechtsprechung, die sich auch auf diesem Gebiet seit 1900 vielfach in neuen Bahnen zu bewegen hatte, ist mit einer kaum zu übertreffenden Vollständigkeit angeführt. Das klar und einfach geschriebene Buch gewährt trotz der Fülle des darin gesammelten Materials eine leichte Uebersicht. Ein besseres Hilfsmittel zur Wertsermittlung wird sich für die Praxis nicht finden lassen. W.

Binding, Dr. Karl, Universitätsprofessor in Leipzig. Deutsche Staatsgrundgesetze. Heft V. Die Verfassungs-Urkunde des Königreichs Bayern mit Beilagen und Anhängen. Mit den Abänderungen bis zum Gesetz vom 4. Juli 1906. Leipzig 1906, Verlag von Wilhelm Engelmann. Kart. Mk. 2.—.

In ähnlicher Weise wie in den auf S. 112 des 1. Jahrgangs und S. 28 des 2. Jahrgangs besprochenen Heften ist nun in Heft V die historische Entwickelung des bayerischen Verfassungsrechts übersichtlich dargestellt. Wir empfehlen das Werk den Studierenden warm zur Orientierung über die Grundlagen unseres Staatsrechts.

Guttentag'sche Sammlung deutscher Reichsgesetze. In dieser bekannten Sammlung sind in neuen Auflagen folgende erläuterte Textausgaben zu Reichsgesetzen erschienen:

1. **Achilles, Dr. A.,** Reichsgerichtsrat a. D. Bürgerliches Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz. 5. vermehrte und verbesserte Auflage. Nach dem Tode des ersten Herausgebers herausgegeben von M. Greiff, Geh. Oberjustizrat in Berlin in Verbindung mit Dr. F. André, Professor in Marburg, F. Ritgen, Landrichter in Berlin, O. Strecker, Oberlandesgerichtsrat in Celle, Dr. K. Unzner, Oberregierungsrat in München. Berlin 1906. Gebd. Mk. 6.50.

2. **Sydow, R.**, Unterstaatssekretär. Konkursordnung mit Anfechtungsgesetz. Unter besonderer Berücksichtigung der Entscheidungen des Reichsgerichts. 10. Auflage. Fortgeführt von L. Busch, Kammergerichtsrat. Berlin 1906. Gebd. Mk. 2.25.
3. **Fischer, Dr. Otto**, Universitätsprofessor in Breslau. Grundbuchordnung nebst den preuß. Ausführungsbestimmungen. 4. Auflage. Berlin 1906. Gebd. Mk. 2.—.
4. **Krech, Dr. J.**, Kaiserl. Geh. Regierungsrat in Berlin, und **Fischer, Dr. O.**, Universitätsprofessor in Breslau. Die Gesetzgebung betr. die Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen im Reiche und in Preußen. 5. vermehrte und verbesserte Auflage. Berlin 1907. Gebd. Mk. 2.—.
5. **Hellweg, Dr. A.**, Reichsgerichtsrat. Strafprozeßordnung und Gerichtsverfassungsgesetz nebst den Gesetzen betr. die Entschädigung der im Wiederaufnahmeverfahren freigesprochenen Personen und die Entschädigung für unschuldig erlittene Untersuchungshaft. 11. Auflage. Berlin 1907. Gebd. Mk. 2.—.

Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch nebst dem Einführungsgesetze von Hoelder, Schollmeyer, Heymann u. a. 4. Band 1. Hälfte. Familienrecht. 1. Abschnitt. Die bürgerliche Ehe. Erl. von **Dr. Arthur B. Schmidt**, Geh. Justizrat. München 1907, C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung (Oskar Beck). Geh. Mk. 15.50, gebd. Mk. 17.50.

Es ist sehr bedauerlich, daß der raschen Vollendung des vorliegenden Kommentars ungünstige äußere Umstände, u. a. der Tod eines hervorragenden Mitarbeiters, hindernd entgegentraten. Denn seine ganze Anlage ist so gediegen und streng wissenschaftlich, daß er hinter den Bearbeitungen von Planck und Staudinger in keiner Weise zurücksteht. Der nun abgeschlossene, die bürgerliche Ehe behandelnde Teil ist eine ganz vortreffliche Arbeit. Die sehr umfangreichen Erläuterungen zeichnen sich durch gedrängte Darstellung aus und sind in wohltuend klarer Sprache geschrieben. Es ist das um so erfreulicher, als das Familienrecht — insbesondere das eheliche Güterrecht — keineswegs zu den leicht verständlichen Teilen des BGB. gehört. Die Erwartung, die der Verlag in seinem Geleitwort ausgesprochen hat, der Kommentar werde die Nachteile des langsamen Erscheinens durch die Gediegenheit des Inhalts ausgleichen, ist wohlberechtigt. P.

Rizzi, Dr. Heinrich, Studien über das bayerische Gebührenwesen. München 1906, J. Lindauersche Buchhandlung (Schöpping). 149 S. Mk. 1.20.

Der Verfasser behandelt zunächst die Gebührentheorie im allgemeinen, schildert sodann die Entwicklung des bayer. Tax-, Stempel- und Gebührenwesens vom Beginn des 16. Jahrhunderts bis auf die Gegenwart und schließt daran kritische Betrachtungen, deren Endergebnis ist, daß Theorie und Gesetzgebungspraxis weit von einander entfernt sind. Die auf eingehenden Forschungen beruhende Schrift läßt überall ein klares Urteil erkennen. Sie verdient schon deshalb Beachtung, weil sie die erste in sich abgeschlossene wissenschaftliche Arbeit ist, die sich mit diesem Gebiet des heimatlichen Rechtes im ganzen befaßt. Der historische Teil bildet für sich einen interessanten Beitrag zur bayer. Kultur- und Rechtsgeschichte, der bleibenden Wert hat. W.

Notizen.

Die Statistik der Zwangserziehung für 1905 ist in der Zeitschrift des Statistischen Bureaus (Heft 4 für 1906) veröffentlicht worden. (Wegen der Statistik für 1904 s. diese Zeitschrift 2. Jahrgang S. 68). Im Jahre 1905 fielen bei den Vormundschaftsgerichten insgesamt 1124 Zwangserziehungsfälle an, 387 wurden aus dem Vorjahre unerledigt übernommen. Die Zahl der Fälle, in denen das Verfahren ergebnislos verlief, überwiegt gegenüber der Zahl der Fälle, die mit der rechtskräftigen Anordnung der Zwangserziehung endeten, und zwar noch im höheren Maße als im Vorjahre. 659 Fälle (43,61%) wurden durch Einstellung des Verfahrens oder Ablehnung der Anordnung der Zwangserziehung beendet (1904: 39,64%); nur in 451 Fällen dagegen (29,85%) kam es zur endgültigen Anordnung der Zangserziehung (1904: 33,75%). Unerledigt blieben 401 Fälle (26,54%; 1904: 26,61%). Es ist daraus zu ersehen, daß die Gerichte sehr oft in überflüssiger und nutzloser Weise mit Anträgen und Anzeigen behelligt werden. Auch Stimmen aus der Praxis bestätigen, daß der Uebereifer mancher Personen und Behörden den Vormundschaftsrichtern oft recht viel zu schaffen macht. So wurde z. B., wie dem Berichterstatter mitgeteilt wird, Zwangserziehung beantragt, weil eine Arbeitersfrau, die morgens zeitig zur Fabrik gehen mußte, ihr Mädchen mehrmals ungekämmt zur Schule geschickt hatte. Die Mitteilungen über den Vollzug der Zwangserziehung lauten verhältnismäßig günstig. Von den 1510 Minderjährigen, die am Ende des Jahres 1905 der Zwangserziehung unterworfen waren, waren 1883 (78,8%) untergebracht, 93 (6,2%) vorläufig oder widerruflich entlassen und 243 (15,0%) noch nicht untergebracht. Der Familienerziehung sind weniger Minderjährige überwiesen, als der Anstaltserziehung. Eine nennenswerte Aenderung ist in dieser Beziehung gegenüber dem Jahre 1904 nicht eingetreten. In Familien waren untergebracht 444 Minderjährige (37,53%; 1904: 37,31%), in Anstalten 739 (62,27%; 1904: 62,69%).

Zentralstelle für Industrie, Gewerbe und Handel. Unter diesem Namen wurde durch K. VO. vom 10. Januar 1907 (GVBl. S. 5) beim Ministerium des Aeußern ein Beirat für wichtige wirtschaftliche und soziale Angelegenheiten gebildet, der aus drei selbständigen Abteilungen für Industrie und Handel, Handwerk und Gewerbe, Arbeiterschutz und -wohlfahrt besteht. Wirkungskreis und Zusammensetzung der Abteilungen sind in der Verordnung eingehend geregelt. Die Einberufung des Beirates oder seiner Abteilungen erfolgt veranlaßten Falls durch das Ministerium des Aeußern, dem auch der weitere Vollzug der Verordnung zukommt. Der Zentralstelle werden hauptsächlich zur Förderung des Handwerks ein oder mehrere Techniker mit dem Titel „Gewerbeinspektoren" beigegeben. Dr. Sch.

Das Reichsgesetz betr. das literar. Urheberrecht an Werken der bildenden Künste und der Photographie ist im RGBl. Nr. 3 für 1907 auf S. 7 ff. veröffentlicht. Es tritt am 1. Juli 1907 in Kraft. Für eine eingehendere Besprechung des Gesetzes würde der Raum nicht ausreichen, der uns in dieser Rubrik zur Verfügung steht; das Gesetz wird jedoch in einer der nächsten Nummern in einer größeren Abhandlung besprochen werden.

An Buchausgaben dieses Gesetzes wird kein Mangel sein. Zu den geschätztesten wird jedenfalls die von LandgerRat Dr. Müller-Meiningen herausgegebene kommentierte Handausgabe gehören, die zunächst bei J. Schweitzer Verlag (Arthur Sellier) in München erscheint. Diese bildet auch als II. Band die Fortsetzung des vom gleichen Herausgeber bereits vorliegenden sehr verbreiteten Kommentars zum Urhebergesetz und Verlagsgesetz.

Verantwortl. Herausgeber: Th. von der Pfordten, K. Landgerichtsrat, verw. im Staatsministerium d. Justiz.

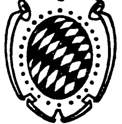
Eigentum von J. Schweitzer Verlag (Arthur Sellier) in München.
Druck von Dr. Franz Paul Datterer & Cie., G. m. b. H., Freising.

Nr. 5. München, den 1. März 1907. 3. Jahrg.

Zeitschrift für Rechtspflege in Bayern

Herausgegeben von
Th. von der Pfordten
K. Landgerichtsrat, verw. im K. Bayer. Staatsministerium der Justiz.

Verlag von
J. Schweitzer Verlag
(Arthur Sellier)
in München, Lenbachplatz 1.



Die Zeitschrift erscheint am 1. und 15. jeden Monats im Umfange von mindestens 2 Bogen. Preis vierteljährlich Mk. 3.—. Bestellungen übernimmt jede Buchhandlung und Postanstalt (Postzeitungsliste für Bayern Nr. 974a).

Redaktion und Expedition: München, Lenbachplatz 1. Insertionsgebühr 30 Pfg. für die halbgespaltene Petitzeile oder deren Raum. Bei Wiederholungen Rabatt. Stellenanzeigen 20 Pfg. Beilagen nach Uebereinkunft.

Bemerkungen zum Entwurf eines neuen Wassergesetzes.[1]

Von Justizrat **Dr. Obermeyer,** Rechtsanwalt in München.[2])

I. Die kulturelle Bedeutung des Wassers hat sich außerordentlich erhöht durch die Fortschritte der Technik: eine Wasserkraft kann jetzt nicht nur, wie früher, an ihrem Standorte ausgenützt werden, durch elektrische Stromleitung kann sie auf weite Entfernungen übertragen werden; infolgedessen sucht die Industrie jetzt vorwiegend große Wasserkräfte. Der Gesetzgeber muß es daher im volkswirtschaftlichen Interesse ermöglichen, daß der Verzettelung von Wasserkräften vorgebeugt, eine konzentrierte Ausnützung durchgeführt und eine organisierte Wasserwirtschaft eingeführt werden kann. Das ist namentlich notwendig für ein Land wie Bayern, welches keine Kohlen besitzt, und durch diesen Mangel, wie durch seine Entfernung vom Meere und den großen Hauptverkehrswegen, in Hinsicht auf industrielle Entwicklung anderen Ländern gegenüber im Nachteil ist.

Die für ihre Zeit vortrefflichen Wassergesetze vom 28. Mai 1852 konnten für diese Aufgabe nicht mehr genügen. Sie stehen im großen und ganzen auf einem zu einseitigen privatrechtlichen Standpunkte.

Dem Entwurfe eines neuen Wassergesetzes ist vielfach vorgeworfen worden, daß er nicht radikal genug sei. Man hat beanstandet, daß er die Unterscheidung der Gewässer in öffentliche Gewässer und Privatgewässer aufrecht halte, anstatt wie das württembergische Gesetz und der sächsische Entwurf alle Gewässer mit Ausnahme der sogenannten geschlossenen Gewässer als öffentliche Gewässer zu erklären. Von anderer Seite hat man umgekehrt dem Entwurfe vorgeworfen, daß er die Rechte und Interessen der Privaten zu sehr verkürze und die Rechte der Verwaltungsbehörden und des Fiskus zu sehr verstärke. Die nach diesen beiden Richtungen gegen den Entwurf vorgebrachten Bedenken und deren Widerlegung hier darzustellen, würde zu weit führen; es darf in dieser Hinsicht auf die erschöpfende Erörterung in den von den Referenten und Korreferenten der beiden Kammern des Landtags erstatteten Berichten verwiesen werden.

M. E. hat der Entwurf im großen und ganzen den richtigen Weg eingeschlagen; er hat den gebotenen sozialen Fortschritt in der Weise gemacht, daß er die Rechte des Staates an den öffentlichen Gewässern stärker betonte und die Kategorie der Privatflüsse und -Bäche zwar beibehielt, aber die Benützungsbefugnisse der Privaten an ihnen vom Standpunkte des öffentlichen Interesses und vom Standpunkte der Gewährleistung einer entsprechenden Wasserwirtschaft aus einschränkte.

Vielfach und namentlich von der Industrie ist der Entwurf angegriffen worden, weil er in Art. 2 die öffentlichen Gewässer, die im alten Gesetz als ein zur allgemeinen Benützung bestimmtes Staatsgut erklärt waren, als im Eigentum des Staates stehend erklärt hat, weil nach Art. 42 im Zusammenhalt mit Art. 49 und 50 die Erlaubnis zu jeder Art der Wasserbenützung an öffentlichen Gewässern, die sich nicht als Gemeingebrauch darstellt oder die mittels einer besonderen Anlage erfolgt, in der Regel nur auf eine bestimmte Zeit oder in widerruflicher Weise erteilt werden soll, und weil endlich nach Art. 71 für die Gewährung besonderer Nutzungen an öffentlichen Gewässern, sowie für Einleitung von Flüssigkeiten in solche Gebühren zur Staatskasse erhoben werden können — Bestimmungen, die in gleicher Weise nach dem Entwurfe Anwendung leiden auf die sogenannten Staats-Privat-Flüsse. Es unterliegt keinem Zweifel, daß eine irrationelle Handhabung dieser Bestimmungen in der Tat die Entstehung industrieller Anlagen hintanhalten würde, namentlich solcher, die eine erhebliche Kapitalinvestition erheischen.

Die Anlagekosten für Ausnützung einer Wasserkraft sind erheblich, und auch die fortdauernden Lasten, welche nach dem Entwurfe dem Unter-

---

[1]) Zitate erfolgen nach dem Entwurf in der Fassung, welche ihm die Kammer der Abgeordneten im Juli 1906 gegeben hat.

[2]) Nach einem in der Münchener Juristischen Gesellschaft erstatteten Vortrage.

nehmer obliegen, sind bedeutend; in letzterer Beziehung kommen namentlich die Bestimmungen des Art. 58, betr. eventuelle Verpflichtung zur Beseitigung der Anlage und Art. 73 ff. über Instandhaltung von Gewässern in Betracht.

Das Wasserbenützungsgesetz vom 28. Mai 1852 hatte umgekehrt die Unwiderruflichkeit der erteilten Erlaubnis an öffentlichen oder staatsärarialischen Flüssen als Regel festgesetzt. Allein schon unter der Herrschaft des jetzt geltenden Gesetzes war seit geraumer Zeit die gesetzliche Regel zur Ausnahme, die Widerruflichkeit der Erlaubnis zur nahezu ausnahmslosen Regel geworden selbst bei Unternehmungen, die von der größten Bedeutung für ganze Städte waren. Hierdurch wird bewiesen, daß es nicht entscheidend ist, ob die Widerruflichkeit oder Unwiderruflichkeit als Regel im Gesetz in Aussicht genommen ist. Immer muß das Gesetz der Verwaltungsbehörde die Entscheidung im einzelnen Falle überlassen und immer wird es daher praktisch auf den Vollzug ankommen. Es ist auch einleuchtend, daß die für die Behandlung der Konzessionsgesuche maßgebenden Verhältnisse im Einzelfalle höchst ungleich sind und aus diesem Grunde, sowie im Hinblick auf die im ständigen Wechsel begriffenen Anschauungen und Anforderungen der modernen Technik und Volkswirtschaft der Staat niemals sich des maßgebenden Einflusses auf die ihm gehörigen Gewässer begeben kann. Die meisten Kantone der Schweiz, für welches Land das Wasser eine ähnliche Bedeutung hat wie für Bayern, erteilen ebenfalls nur widerruflich oder auf Zeit beschränkte Konzessionen. M. E. muß diese Frage, wie der Entwurf mit Recht tut, dem Vollzug überlassen werden.

Der Vollzug obliegt den ministeriellen Instanzen. Man kann daher wohl das Vertrauen hegen, daß diese Behörden nicht einseitig die fiskalischen und finanziellen Interessen in den Vordergrund rücken, sondern die volkswirtschaftlichen Interessen als die maßgebenden betrachten.

Auf eine jederzeit frei widerrufliche Erlaubnis wird sich allerdings kaum ein irgendwie erhebliches Industrieunternehmen etablieren. Allein wohl ist es möglich, wenn, ähnlich der Praxis der schweizerischen Behörden, die Konzessionen auf eine längere Zeit, 70—100 Jahre, erteilt werden, sodaß sie innerhalb dieser Zeitspanne nur im Wege der Zwangsenteignung entzogen werden können, und wenn außerdem entweder die Erneuerung der Konzession auf weitere bestimmte Zeitperioden oder eine Einlösungspflicht des Staates festgesetzt wird.

Diese Verpflichtung zur Erneuerung der Konzession auf einen bestimmten weiteren Zeitraum nach Ablauf der zunächst eingeräumten Zeit oder, für den Fall der Nichterneuerung, die Einlösungspflicht des Staates, wird allerdings unumgängliches Erfordernis sein für die Ermöglichung der Niederlassung größerer Industrien mit großem Anlagekapital oder beträchtlicherem Unternehmerrisiko.

Denn auch bei einer Konzessionserteilung auf 100 Jahre kann innerhalb dieses Zeitraums das Anlagekapital umso weniger voll abgeschrieben werden, als anstatt des von dem Unternehmer erwarteten Gewinnes möglicherweise ein Verlust eintritt, als der Gewinn geschmälert wird durch die nennenswerten Lasten, welche das Gesetz auferlegt und die vom Fiskus verlangten Benützungsgebühren, als die Bestimmung des Art. 58 die Notwendigkeit einer entsprechenden Rücklage ergibt, als endlich die Höhe der Abschreibung ihre Grenze hat in den Bestimmungen des Gewerbesteuergesetzes und bei Aktiengesellschaften auch des Handelsgesetzbuches. Die Festsetzung aller dieser Bedingungen wird daher jeweils Sache eines Vertrags zwischen dem Fiskus und dem Unternehmer sein, und man kann m. E. annehmen, daß einerseits die Industrie verstehen wird, sich ihre Lebensbedingungen zu schützen, und anderseits die Regierung einsichtsvoll genug sein wird, nicht durch zu weitgehende Rigorosität die Industrie aus dem Lande hinauszutreiben.

Die Widerruflichkeit oder zeitliche Beschränkung der Konzession hat für die Industrie noch einen weiteren, m. E. bisher nicht hervorgehobenen Nachteil. Sie bewirkt, daß bei hypothekarischen Beleihungen die Wasserkraft von dem Darlehensgeber nur in sehr beschränkter Weise als Unterlage mitberücksichtigt werden kann. Mit Rücksicht auf diesen Gesichtspunkt möchte ich anregen, um wenigstens eine hypothekarische Beleihung mit einer innerhalb der Konzessionszeit sich vollziehenden Annuitätentilgung zu erleichtern, in den Art. 42 des Entwurfes einen Satz aufzunehmen etwa folgenden Inhalts: „Die Erlaubnis kann auch zugunsten des jeweiligen Eigentümers eines Grundstücks erteilt werden."

Nach der jetzigen Fassung des Art. 42 ist die Erlaubnis behandelt als eine der Person erteilte; ich gebe zu, daß auch die jetzige Fassung die Verknüpfung mit dem Eigentum an einem Grundstück gestattet; die ausdrückliche Bestimmung empfiehlt sich jedoch, um im Interesse der Beleihungsmöglichkeit alle etwaigen Bedenken der Hypothekenbanken zu beseitigen.

In einem anderen hier einschlagenden Punkte halte ich ferner eine Ergänzung des Entwurfs für erforderlich. Nach dem Entwurfe Art. 41 und 49 im Zusammenhalt mit § 25 GewO. bedarf nicht bloß die Errichtung, sondern auch jede Abänderung einer Anlage der Genehmigung der Verwaltungsbehörde. Schon unter der Herrschaft des jetzigen Gesetzes hatte sich der Mißstand eingeschlichen, daß irgendwelche Veränderungen an einer konzessionspflichtigen Anlage, wenn auch etwa veranlaßt dadurch, daß die alte Anlage durch Elementarereignisse beschädigt oder zerstört wurde, von der Behörde dazu benützt wurden, um aus einer nach Art. 13 des jetzigen Gesetzes unwiderruflichen Anlage eine jederzeit widerrufliche zu gestalten. Ich

habe selbst in meiner Eigenschaft als Anwalt wiederholt derartige Fälle erlebt; ein besonders greller Fall ist mir bekannt, in welchem die Wasserkraft und die damit betriebene Mühle das einzige Vermögen des Müllers bilden, die alten Räder verfallen sind, und der Besitzer anstatt der Neuherstellung dieser technisch unzureichenden Wasserräder Turbinen einsetzen will, dieser Umstand aber von der Verwaltungsbehörde dazu benützt werden will, um aus einem seit nahezu tausend Jahren bestehenden unwiderruflichen Recht ein widerrufliches zu bilden. Das läuft praktisch in diesem Falle darauf hinaus, daß die gesamte wirtschaftliche Existenz des Müllers in Zukunft von dem Ermessen der Verwaltungsbehörden abhängen soll.

Um solche Uebelstände eines zu weitgehenden Fiskalismus zu vermeiden, empfehle ich eine Bestimmung etwa folgenden Inhalts: „Die Abänderung einer zu unwiderruflichem Recht bereits bestehenden Anlage darf nur insoweit dazu benützt werden, die Bedingung der Widerruflichkeit oder zeitlichen Beschränkung aufzuerlegen, als durch die Abänderung eine stärkere Inanspruchnahme der Wasserkraft des öffentlichen Flusses oder dem Staate gehörigen Privatflusses herbeigeführt wird, und als die Anlage bei Beseitigung der Abänderung ohne unverhältnismäßigen Kostenaufwand in den früheren Zustand versetzt werden kann."

Eine solche Bestimmung würde namentlich zum Schutze kleinerer zu Recht bestehender Anlagen dienen, zu deren Gunsten die volkswirtschaftlichen Gesichtspunkte, die große Unternehmungen gegen allzuscharfe Anwendung der Machtbefugnis der Verwaltungsbehörden schützen, nicht in dem gleichen Maße mitsprechen.

II. Die Bestimmungen des Entwurfes in Art. 36 ff. über die Reinhaltung der Gewässer sind namentlich von der chemischen Industrie aus ähnlichen Gründen angegriffen worden, wie die bisher erörterten Bestimmungen über die Widerruflichkeit oder zeitliche Beschränkung von Wasserbenützungen an öffentlichen und staatsärarialischen Flüssen. Denn die Erlaubnis zur Einleitung von Flüssigkeiten oder anderen nicht festen Stoffen, die eine schädliche Veränderung der Eigenschaften des Wassers zur Folge haben, darf nur in widerruflicher Weise erteilt werden, so daß hier die unwiderrufliche Erlaubnis oder die Erlaubnis auf Zeit kategorisch ausgeschlossen ist. Dabei erstrecken sich diese Bestimmungen auch auf Privatflüsse und -Bäche, sowie solche geschlossene Gewässer, an denen ein anderer mitberechtigt, oder in denen ein anderer fischereiberechtigt ist; ja die Verwaltungsbehörde ist berechtigt, aus Gründen des Gemeinwohls auch bei allen geschlossenen Gewässern die Einleitung zu untersagen.

Mit Recht hat man den gegen diese Bestimmungen geäußerten Bedenken mit dem Hinweise darauf begegnet, daß sie notwendig sind zum Schutze der hygienischen Interessen. Allein in einem Punkte geht der Art. 39 sicher zu weit. Er schreibt vor, daß auch dem Besitzer einer beim Inkrafttreten des Gesetzes bereits bestehenden Anlage, durch deren Betrieb die Eigenschaften eines öffentlichen oder Privatgewässers in schädlicher Weise verändert werden, aus Gründen des Gemeinwohls die Befugnis zur Zuführung von Flüssigkeiten oder anderen nicht festen Stoffen oder von festen Stoffen, die eine solche Veränderung bedingen, durch die Verwaltungsbehörde entzogen oder beschränkt werden kann (Abs. 1); er schreibt weiter vor in Abs. 2, daß, wenn durch einen solchen Betrieb ein erheblicher Schaden für Dritte entsteht, denen Rechte am Gewässer zustehen, auf Antrag der Geschädigten der Unternehmer durch die Verwaltungsbehörde angehalten werden kann, Einrichtungen zu treffen, welche die schädliche Einwirkung ausschließen oder möglichst einschränken, soweit die Einrichtungen mit dem ordnungsmäßigen Betriebe der Anlage vereinbar sind. Die Regierungsvorlage hatte wenigstens für den Fall des Absatzes 2 bestimmt, daß der Antragsteller dem Unternehmer die Kosten der Einrichtung zu ersetzen habe.

M. E. muß, allerdings nur für den Fall, daß es sich um eine bei dem Inkrafttreten des neuen Gesetzes zu unwiderruflichem Rechte genehmigte Anlage solcher Art handelt, schlechthin sowohl für den Fall des Abs. 1 als des Abs. 2 eine Entschädigungspflicht als Bedingung der Untersagung oder Beschränkung statuiert werden. Es ergibt sich das aus dem sonst vom Entwurfe mit Recht hochgehaltenen Prinzip, daß wohlerworbene Rechte zu schützen sind. Von diesem Prinzip hier abzuweichen, besteht keine genügende Veranlassung.

In Art. 36 Abs. 5 des Entwurfs ist bestimmt, daß der Unternehmer der Zuführung von Flüssigkeiten oder anderen nicht festen Stoffen, die eine schädliche Veränderung der Eigenschaften des Wassers zur Folge haben, zum Ersatze des Schadens verpflichtet ist, der anderen an dem Wasser Berechtigten durch die Zuführung entsteht. Diese Bestimmung ist für den privatrechtlichen Juristen sehr interessant.

Der hier eingeführte Schadensersatzanspruch ist unabhängig von einem Verschulden (Veranlassungsprinzip) und unabhängig von den Voraussetzungen des § 906 BGB.; er ist ferner gegeben trotz der von der Verwaltungsbehörde erteilten Erlaubnis, während anderseits die Anwendung des § 1004 BGB. durch die Erlaubniserteilung ausgeschlossen ist. Die Bestimmung ist ferner zweifellos nur anwendbar auf erst unter der Herrschaft des neuen Gesetzes errichtete Anlagen. Denn schon zur Zeit des Inkrafttretens des Gesetzes genehmigte Anlagen machen durch die Einleitung nur von ihrem Rechte Gebrauch und der neu eingeführte Rechtssatz des Art. 36 Abs. 5 kann nicht in dem Maße eine

sozialpolitische Bedeutung beanspruchen, daß ihm eine Rückwirkung beigelegt werden könnte.

III. Das Quellenrecht des Art. 33 WBG. vom 28. Mai 1852 war unhaltbar geworden. Durch die vom Standpunkte der Gesundheitspflege so sehr zu begrüßenden Wasserversorgungsunternehmungen der großen Städte wie auch der kleineren Gemeinden waren vielfach Quellen aus ihrem Ursprungsgebiete abgeleitet und dadurch veranlaßt worden, daß Triebwerken oder landwirtschaftlichen Grundstücken das ihnen seit Jahrhunderten als Triebkraft oder zur Bewässerung dienende Wasser entzogen wurde. Entschädigung konnten die Geschädigten nach dem jetzigen Rechtszustande nicht verlangen; zuweilen wurde sie ihnen aus Billigkeitsgründen gewährt. Denn mit dem Rechtsgefühle der Bevölkerung stimmte dieser Rechtszustand durchaus nicht überein. Zahlreiche Petitionen, darunter namentlich eine Petition der durch die Wasserversorgung Münchens geschädigten Triebwerksbesitzer im Mangfalltale, waren an die Kammern gelangt, die eine Neuordnung des Quellenrechts im Sinne der Bestimmungen des württembergischen Gesetzes und des sächsischen Entwurfes erstrebten. Die Regierungsvorlage war diesen berechtigten Bestrebungen gegenüber völlig unzureichend. Ich erlaube mir, des näheren Bezug zu nehmen auf die betreffenden Ausführungen des Berichts des Referenten der Abgeordnetenkammer Freiherrn von Malsen, da es zu weit führen würde, im Rahmen dieses Aufsatzes die ganze Breite der Materie zu erörtern.

Der Art. 19 in der Fassung, welche ihm die Abgeordnetenkammer gegeben hat, enthält gegenüber der Regierungsvorlage zweifellos eine wesentliche Verbesserung. Er lautet:

Abs. 1. „Die Zutageförderung oder Ableitung von Grund- und Quellwasser, sowie die Aenderung am Abflusse eines Sees oder Weihers unterliegen der Erlaubnis der Verwaltungsbehörde. Die Erlaubnis ist nicht erforderlich für die Anlage von Brunnen, welche vorübergehenden Zwecken oder dem eigenen Haus- und Wirtschaftsbedarf einschließlich des Bedarfs für landwirtschaftliche Nebenzwecke dienen."

Abs. 2. „Die Erlaubnis ist zu versagen oder an Bedingungen zu knüpfen, wenn und soweit Rücksichten des Gemeinwohls es erfordern."

Abs. 3. „In allen Fällen, auch wenn Rücksichten des Gemeinwohls nicht vorliegen, ist, falls durch die in Abs. 1 bezeichneten Maßnahmen Beteiligte erheblichen Schaden erleiden, welche als Besitzer von Wasserbenützungsanlagen oder als Grundeigentümer das Wasser seit mindestens dreißig Jahren selbst oder durch ihre Rechtsvorgänger ununterbrochen benützt oder unter den gleichen Voraussetzungen die Fischerei ausgeübt haben, bei Erteilung der Erlaubnis, soweit nicht der Schaden durch andere Bedingungen abgewendet werden kann, dem Gesuchsteller als Bedingung die angemessene Entschädigung der einzelnen Beteiligten aufzuerlegen."

Abs. 4. „Wird in den Fällen des Abs. 2 und 3 als Bedingung die Gewährung einer Entschädigung auferlegt, so ist ihre Höhe nach billigem Ermessen der Verwaltungsbehörde unter Ausschluß des Rechtsweges festzusetzen. Die Verwaltungsbehörde kann den Vollzug der Erlaubnis davon abhängig machen, daß der Gesuchsteller für die Erfüllung seiner Entschädigungspflicht entsprechende Sicherheit leistet."

Abs. 5. „Privatrechtliche Ansprüche auf Fortdauer des bisherigen Zustandes werden durch die Erteilung der Erlaubnis nicht berührt."

Ich habe jedoch auch gegen den Art. 19 in dieser Fassung erhebliche Bedenken und zwar gegen den Abs. 4, wonach der Rechtsweg gegen die Festsetzung der Entschädigung durch die Verwaltungsbehörde ausgeschlossen ist.

In zahlreichen Bestimmungen des Entwurfes ist die Festsetzung von Entschädigungen der Verwaltungsbehörde übertragen. Allein nach Art. 193 des Entwurfes ist in allen Fällen gegen die Feststellung der Entschädigung durch die Verwaltungsbehörde der Rechtsweg eröffnet nach Maßgabe der Bestimmungen des Gesetzes vom 23. Februar 1879 zur Ausführung der ZPO. über die Beschreitung des Rechtsweges gegen die Feststellung von Entschädigungen im Zwangsabtretungsverfahren. Nur der Fall des Art. 19 bildet nach dem Entwurfe eine Ausnahme dahin, daß hier die Angehung des Rechtsweges ausgeschlossen ist. Man muß daher mit Recht sagen, daß die Abgeordnetenkammer durch den Ausschluß des Rechtsweges wieder einen halben Schritt zurückgemacht hat, offenbar in einem gewissen Schrecken über ihre eigene Kühnheit, durch welche sie in der Materie des Quellenrechtes den römischrechtlichen Eigentumsbegriff durchbrochen hat.

Eine solche Inkonsequenz ist jedoch fehlerhaft. Man kann einverstanden sein, wenn, wie es in Art. 19 geschah, der Schutz der Beteiligten gegen die schädlichen Folgen der Verfügung über Grund- und Quellwasser in erster Linie dadurch erstrebt wird, daß bei Erteilung der Erlaubnis Bedingungen auferlegt werden, die den Schaden abwenden, und mit vollem Recht hat ferner die Abgeordnetenkammer die Zutageförderung oder Ableitung von Grund- und Quellwasser in allen Fällen von einer vorgängigen Erlaubnis der Verwaltungsbehörde abhängig gemacht, um alle Komplikationen durch die vom Eigentümer des Wassers bereits vor einem Verbot oder einer Beschränkung etwa gemachten Aufwendungen zu verhüten.

Wenn man aber für den Fall, in welchem der Schaden für die Beteiligten durch andere Bedingungen nicht abgewendet werden kann, bestimmt hat, daß dem Gesuchsteller als Bedingung die angemessene Entschädigung der ein-

zelnen Beteiligten aufzuerlegen sei (ich betone die Wortfassung der Bestimmung: „ist aufzuerlegen"), wenn man somit hierdurch die Schadensersatzpflicht bejaht hat, so hat man damit dem Geschädigten einen Rechtsanspruch eingeräumt und man mußte ihn einräumen. Denn wenn man einen solchen Rechtsanspruch nicht einräumen würde, so würde sich der Schutz der Beteiligten logisch wieder in ein Nichts auflösen.

Nun hatte man aber anscheinend die Vorstellung, daß man den Beteiligten zwar ein Recht auf Schadensersatz einräumen wolle, dieses Recht aber gleichwohl kein volles Recht sein solle, und zwar kein volles Recht hinsichtlich seiner Durchsetzungsmöglichkeit; es sollte den Rechtsschutz entbehren, den sonst jedes Recht hat, nämlich den Schutz der Zivilgerichte. Zu diesem Ausschluß des Rechtsweges konnte man nur auf Grund der Meinung kommen, daß die Verwaltungsbehörde den Schadensersatz in einer gewissermaßen freieren und diskretionäreren Würdigung zubilligen solle und könne, wie der Zivilrichter. Dieser ganze Gedankengang hat aber einen inneren Widerspruch. Es ist unlogisch, ein Recht zu verleihen, ihm aber die Durchsetzungsmöglichkeit zu verkürzen. Der Verwaltungsbeamte, der das Bestreben hat, gerecht zu entscheiden, kann über den Schadensersatzanspruch auch nicht nach anderen Gesichtspunkten entscheiden, wie der Zivilrichter, dem nach der ZPO. bekanntlich die Befugnis zusteht, in freiester Weise unter Berücksichtigung der Verhältnisse des einzelnen Falles über Schadensersatzansprüche zu entscheiden (§ 287 ZPO.). Zu einer solchen Entscheidung unter Würdigung aller Umstände ist auch der Zivilrichter viel eher geeignet, da es sich um die Würdigung von Privatinteressen handelt. Die Worte des Art. 19: „angemessene Entschädigung", „nach billigem Ermessen" geben für die Entscheidung keine andere Norm, als wie sie die angeführte Bestimmung des § 287 ZPO. gibt. Man kann auch, wenn man einen Schadensersatzanspruch einmal zubilligt, hinsichtlich der Bemessung keine anderen Vorschriften geben, als daß sie unter Würdigung aller Umstände nach freiem Ermessen zu erfolgen habe.

Der Ausschluß des Rechtsweges im Falle des Art. 19 ist auch nicht etwa im Interesse des Quelleigentümers. Denn die Entscheidung der Verwaltungsbehörde kann ebensogut gegen, wie für ihn ausfallen. Die Bestimmung ist umso gefährlicher, als nach den Vorschriften des Entwurfes über das Verfahren die Verwaltungsbehörde in der Ermittlung des Sachverhalts, in der Vernehmung von Zeugen und Sachverständigen u. dgl. sich des schrankenlosesten Ermessens erfreut.

Die Zulassung des Rechtsweges würde auch keineswegs die Ausführung des Unternehmens verzögern. Denn man könnte bestimmen, daß gegen Hinterlegung der von der Verwaltungsbehörde festgesetzten Entschädigung und unabbrüchig des Rechts beider Teile, auf dem Rechtsweg eine Aenderung der Entschädigungssumme zu beantragen, die Ausführung des Unternehmens gestattet werden muß.

IV. Außerordentlich wichtig und begrüßenswert für die Ermöglichung einer großzügigen Wasserwirtschaft und Hintanhaltung von Verzettelungen der Wasserkräfte sind die Bestimmungen des Entwurfes über das Ausgleichsverfahren — Art. 63 ff. — und über die Zwangsrechte zur Förderung der Benützung und Instandhaltung der Gewässer — Art. 152 ff. — So interessant diese Bestimmungen sind, ist es gleichwohl unmöglich, sie im Rahmen dieses Aufsatzes wiederzugeben und es muß auch hier auf den Entwurf und die Referatsberichte verwiesen werden.

Ich erlaube mir ferner, mich zu beziehen auf einen Aufsatz, welchen ich in den Bl. f. adm. Pr. Bd. 54 Nr. 5 und 6 S. 216 veröffentlicht habe. Ich hatte in diesem Aufsatz die Aufnahme folgender Bestimmungen in den Entwurf vorgeschlagen:

Abs. 1: „Bestehende Stauwerke können für neue Wasserbenützungsanlagen mitbenützt werden, wenn durch die Mitbenützung der ursprüngliche Zweck der Anlage nicht beeinträchtigt wird."

Abs. 2: „Wenn kraft dieser Bestimmungen oder kraft des jedem Ufereigentümer an Privatflüssen nach Art. 25 und 49 des Gesetzes (jetzt 21 und 44) zustehenden Rechtes ein bestehendes Stauwerk für eine neue Wasserbenützungsanlage mitbenützt wird, ist der Unternehmer der neuen Anlage verpflichtet, einen verhältnismäßigen Teil der Anlagekosten des Stauwerkes den bisher Berechtigten zu vergüten und einen verhältnismäßigen Teil der Unterhaltskosten zu übernehmen."

Abs. 3: „Wenn an einem Privatfluß, der durch den Aufstau eines Stauwerkes gebildet ist, mehrere Wasserbenützungsanlagen bestehen, sind dieselben, vorbehaltlich bestehender besonderer Rechtsverhältnisse, einander verpflichtet, zu den Kosten der Unterhaltung und etwaigen Neuerbauung des Stauwerks verhältnismäßig beizutragen."

Der hier vorgeschlagene Abs. 1 ist mittlerweile entbehrlich geworden durch die nachträglich in den Regierungsentwurf aufgenommene Bestimmung des Art. 160. Dagegen ist diese Entbehrlichkeit nicht vorhanden hinsichtlich der Absätze 2 und 3. Zwar setzt der Art. 160 fest, daß wenn die Stauanlage eines andern kraft des eingeräumten Zwangsrechts von einem Unternehmer mitbenützt wurde, der Mitbenützende an den Herstellungs- und Unterhaltungskosten der Anlage verhältnismäßig teilzunehmen habe und der Besitzer der Anlage für die ihm durch die Zulassung der Mitbenützung etwa zugehenden Nachteile entschädigt werden müsse.

Allein es bezieht sich das eben nur auf den Fall, wenn die einem anderen gehörige Stauanlage kraft des in Art. 160 eingeführten Zwangs-

rechts mitbenützt wurde. Die Verpflichtung zur Vergütung eines verhältnismäßigen Teiles der Anlagekosten des Stauwerks und Uebernahme eines verhältnismäßigen Teiles der Unterhaltungskosten ist aber weder in Art. 160 noch sonst im Gesetze ausgesprochen für den folgenden viel häufigeren Fall. Nach feststehender Praxis gelten im Zweifel Mühlbäche u. dgl., die mittelst einer Stauanlage aus einem Privatfluß abzweigen, selbst als Privatflüsse. Es gilt das namentlich für die zahlreichen Fälle, in welchen eine künstliche Herstellung eines solchen Mühlbaches nicht nachgewiesen werden kann, vielmehr die Stauanlage im Hauptfluß anscheinend mehr dazu dient, die Wasserkraft eines ohnehin gegebenen ursprünglichen Seitenabflusses zu verstärken. Für neue unter der Herrschaft des kommenden Gesetzes zur Entstehung gelangende Triebwerkbäche wird man allerdings, wenn sie nur auf eigenem Grund des Unternehmers, oder kraft Servitut, oder kraft des Zwangsrechts des Art. 159 auf fremdem Grund verlaufen, annehmen müssen, daß sie geschlossene Gewässer sind.

An den zahlreichen bereits vorhandenen Mühlbächen, die die Eigenschaft von Privatflüssen haben, können aber zweifellos sich neue Werke etablieren, ohne an den Unterhaltskosten der Stauanlage, durch welche die Wasserkraft des Mühlbaches gebildet oder erhöht wird, teilnehmen zu müssen. Ein solcher Mühlbach, an welchem mehrere Triebwerke existieren, steht ferner nicht im ideellen Miteigentum der Triebwerksbesitzer, da das wirtschaftliche Benützungsrecht jedes derselben sich nur auf die Uferlänge seines Eigentums erstreckt. Wenn nun die Stauanlage im Hauptfluß zerstört oder beschädigt wird, so ist keiner der Triebwerksbesitzer dem andern gegenüber verpflichtet, zur Neuherstellung oder Reparatur beizutragen und es kommt dann darauf an, ob sie sich gütlich einigen, und wenn nicht, wer es länger aushält, bis die Stauanlage repariert oder erneuert wird.

Dieser jetzt gegebene Rechtszustand entspricht nicht dem Rechtsgefühl und dem praktischen Bedürfnis. Die Aufnahme der von mir vorgeschlagenen Bestimmungen würde daher m. E. eine erhebliche Verbesserung bedeuten und anderseits nach keiner Richtung zu einem Bedenken Anlaß geben können.

Der Art. 66 des Entwurfes, der Bestimmungen über das Ausgleichsverfahren enthält, gibt der Verwaltungsbehörde die Berechtigung, ohne Rücksicht auf die Bestimmungen des Art. 46 Abs. 1 Ziff 2 die Regulierung, Abänderung, den Umbau oder die Neuherstellung einer Bewässerungsanlage anzuordnen, soferne den Wässerungsberechtigten kein erheblicher Nachteil erwächst und anderen Beteiligten ein bedeutender Vorteil verschafft wird.

Es würde sich empfehlen, diese Bestimmung auszudehnen auch auf Stauanlagen und Triebwerksanlagen und eine Bestimmung gleicher Art unter die Zwangsrechte zur Förderung der Benützung und Instandhaltung der Gewässer einzusetzen. Dadurch würde insbesondere ermöglicht werden, daß bestehende kleine, stets mangelhaft unterhaltene, von jedem Hochwasser mehr oder minder zerstörte, daher technisch und volkswirtschaftlich irrationelle Stauanlagen zur Beseitigung gelangen, durch Errichtung einer neuen, den technischen Anforderungen entsprechenden Stauanlage, an welche die bestehenden, bisher mit eigenen Stauwerken im Hauptflusse versehenen Werke angeschlossen werden unter Ersatz des ihnen bisher zustehenden direkten Wasserbezugs aus dem Hauptfluß durch einen indirekten vermittelst Anschlusses an die Stauanlage und den Triebwerkskanal eines andern.

V. Als die mangelhafteste Partie des Entwurfes, die m. E. unbedingt einer Aenderung bedarf, erachte ich die von der Kritik leider bisher nahezu völlig ignorierte Abteilung VI und zwar den Abschnitt II „Verfahren". Dieser Abschnitt gibt der Verwaltungsbehörde eine nahezu völlige Freiheit. Man hätte den Art. 166 des Entwurfes kurz durch eine Bestimmung dahin ersetzen können, daß die Verwaltungsbehörde das Verfahren nach ihrem Ermessen bestimmt und man hätte dann ungefähr das gleiche gesagt.

Das ist umso bedenklicher, als ohnehin, wie allgemein anerkannt ist, in den materiell-rechtlichen Bestimmungen des Entwurfs der Verwaltungsbehörde die weitestgehenden Machtbefugnisse eingeräumt sind und als ferner die Rechte des Fiskus gegenüber dem bisherigen Rechtszustande außerordentlich erweitert sind. Hierin erblicke ich eine umso größere Gefahr, als es sich hier um den Vollzug des Gesetzes durch die Unterbehörden handelt; als ferner bei vielen Bezirksämtern die Praxis besteht, über Fragen einer Sachverständigenbegutachtung jedweder Art lediglich die Distriktstechniker zu hören, die die erforderliche Vorbildung zur Entscheidung über alle solche Fragen gar nicht haben können und vielfach durch lokale Einflüsse in ihrer Objektivität beeinträchtigt sind; als ferner auch nach der mit Recht allseits für notwendig erklärten Verbesserung des Gutachterwesens die von der Verwaltungsbehörde gehörten Sachverständigen nahezu ausschließlich Beamte sein werden, die naturgemäß die Rücksichten des öffentlichen Interesses und die fiskalischen Gesichtspunkte leicht den Privatinteressen allzusehr voranstellen werden; als ferner die gleiche Neigung naturgemäß bei den Verwaltungsbehörden selbst vorhanden sein wird, und als endlich der Verwaltungsbeamte an sich doch weniger qualifiziert ist, wie der Zivilrichter, ohne feste Vorschriften schon von sich aus die Parteirechte zu respektieren. Habe ich es doch unter der Herrschaft des bisherigen Gesetzes erlebt, daß ein Bezirksamt in einer Sache, in welcher ich den Unternehmer vertrat, mir die Einsichtnahme der auf das Gesuch meines Mandanten erwachsenen Akten zu verweigern versuchte und

zur Gestattung dieser Einsichtnahme erst auf dem Beschwerdewege gezwungen werden mußte, und daß mir die abschriftliche Mitteilung der Gutachten der Experten verweigert werden wollte.

Man kann auch nicht sagen, daß die Bestimmungen des Entwurfes über das Verfahren praktisch deshalb belanglos seien, weil in den Fällen, in welchen die Gewerbeordnung mit in Frage kommt, die Bestimmungen der §§ 16 ff. GewO. in erster Linie maßgebend seien, und ebenso in den in Art. 175 des Entwurfes aufgezählten Verwaltungsrechtssachen die Bestimmungen des Gesetzes über Errichtung eines Verwaltungsgerichtshofes. Denn es bleiben immer noch sehr viele und sehr wichtige Fälle übrig, welche weder unter die Gewerbeordnung fallen, noch Verwaltungsrechtssachen sind; man denke an die Bestimmungen des Entwurfes Art. 36 ff. über Reinhaltung der Gewässer, an die bereits besprochene Bestimmung des Art. 19 über Feststellung der Entschädigung durch die Verwaltungsbehörde unter Ausschluß des Rechtsweges usw.

Der Entwurf schreibt zunächst hinsichtlich des Gehörs der Beteiligten vor, daß die Beteiligten „soweit tunlich" zu hören seien. Mündliche Verhandlung ist nur als Regel vorgeschrieben. Endlich und namentlich ist nicht bloß die Auswahl der Sachverständigen, sondern auch die „Auswahl" (ein Ausdruck, der hier überhaupt nicht paßt) und die Beeidigung der Zeugen und Sachverständigen dem freien Ermessen der Behörde anheimgestellt.

Nun ist m. E. zunächst das Gehör der Beteiligten so sehr ein Grundprinzip jedes geordneten Verfahrens, daß es von dem relativen Begriffe der Tunlichkeit nicht abhängig gemacht werden kann. Wenn kategorisch und ausnahmslos das Gehör der Beteiligten vorgeschrieben wird, so wird dadurch das Verfahren auch keineswegs erschwert oder verzögert, falls es nur auch in einem anderen Punkte verbessert wird, nämlich durch Einführung von Präklusivfristen. Daß ferner die „Auswahl" der Zeugen dem Ermessen der Verwaltungsbehörde überlassen wird, kann man keineswegs rechtfertigen durch den Hinweis darauf, daß nach § 12 FGG. das Gericht eine ähnlich freie Stellung hinsichtlich der Aufnahme von Beweisen hat. In Wasserrechtssachen handelt es sich vielfach um Interessen von größerer Bedeutung als im Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit. Daß die Verwaltungsbehörde Zeugen nur insoweit zu vernehmen hat, als der angebotene Zeugenbeweis von Belang ist, ist selbstverständlich, da Gleiches ja auch für den Zivilrichter gilt. Wenn man bloß das hätte zum Ausdruck bringen wollen, hätte man nicht zu sagen brauchen, daß die Auswahl der Zeugen nach freiem Ermessen der Behörde erfolgt. Man hat aber damit offenbar der Verwaltungsbehörde die Befugnis einräumen wollen, auch einen an sich belangreichen Zeugenbeweis abzuschneiden. Jedenfalls wird die Verwaltungsbehörde die Bestimmung des Entwurfes, wenn sie so bleibt, wie sie jetzt lautet, auch hierzu benützen können.

In einem von mir in jüngster Zeit geführten Rechtsfalle war u. a. strittig, ob eine Stauberechtigung nach § 49 GewO. erloschen sei. Die vom Bezirksamt aufgestellten Sachverständigen nahmen das ohne weiteres an; das Bezirksamt in seinem Beschluß sprach es zwar nicht direkt aus, behandelte aber das Gesuch im übrigen so, als ob das Erlöschen eingetreten sei, und man sah sich nicht veranlaßt, die zahlreichen, sicherlich bedeutungsvollen, vom Gesuchsteller angebotenen Zeugenbeweise dafür, daß der Stau nicht unterbrochen worden sei, zu erheben.

Die GewO. und auch das jetzt geltende Wasserbenützungsgesetz (Art. 73) kennen Endtermine, mit deren Ablauf Einsprüche gegen ein Gesuch präkludiert sind. Der Regierungsentwurf kennt eine solche Präklusion von Einwendungen nicht; die Kammer der Abgeordneten hat in einem von ihr dem Art. 166 zugefügten Abs. 5 die Setzung von Präklusivfristen der Verwaltungsbehörde fakultativ gestattet lediglich mit Beschränkung auf den Fall des Art. 19; wird der Entwurf in dieser Fassung Gesetz, so wird es per argumentum e contrario sich ergeben, daß in anderen Fällen, als des Art. 19, die Vorsetzung einer Präklusivfrist nicht einmal im Ermessen der Verwaltungsbehörde liegt. In jedem Stadium des Verfahrens, sogar in der zweiten Instanz, könnten daher noch Einsprüche, beispielsweise auf Grund des Art. 44, erhoben werden. Bis zur Erlassung des Endbescheides in letzter Instanz würde daher der Unternehmer niemals irgendwelche sichere Berechnung über die Chance seines Wasserbenützungsgesuches anstellen können. Wassersachen werden, soweit es sich bei solchen lediglich um Privatinteressen handelt, wenigstens jetzt von den Verwaltungsbehörden häufig anderen Angelegenheiten, bei welchen öffentliche Interessen vorwiegend in Frage kommen, hintangestellt und dauern daher oft ungebührlich lange. Wenn bis zum Abschluß des Verfahrens jeden Augenblick Einsprüche erhoben werden können, so wird dadurch die Dauer noch mehr verlängert. Ich glaube, daß den hier ausgesprochenen Bedenken Rechnung getragen werden könnte, ohne die Bewegungsfreiheit der Behörden zu sehr einzuschränken, wenn die Bestimmungen des Art. 166 Entw. etwa durch folgende Bestimmungen ersetzt werden würden:

Art. 166: Abs. 1. „Bei allen Entscheidungen der Verwaltungsbehörden auf Grund dieses Gesetzes geschieht die Ermittlung des Sachverhalts von Amts wegen."

Abs. 2. „Die Beteiligten müssen gehört werden. In der Regel ist mit den Beteiligten mündlich zu verhandeln. In den Fällen der Art. 19, 36 bis 40, 49 bis 56a, 63 bis 70, 73 bis 108

darf die mündliche Verhandlung in keinem Falle unterbleiben.[1])

Zur mündlichen Verhandlung sind die ermittelten Beteiligten schriftlich, etwa sonstige Beteiligte durch Ausschreibung im Amtsblatt, zu laden mit dem Beifügen, daß Einwendungen gegen das Unternehmen bei Vermeidung des Verlustes spätestens in der Verhandlungstagfahrt geltend zu machen sind. Wenn mündliche Verhandlung unterbleibt, kann die Anhörung der Beteiligten dadurch erfolgen, daß ihnen in der gleichen Weise eine Frist zum schriftlichen Vorbringen ihrer Erklärungen und Einwendungen vorgesteckt wird.

Mit der Verhandlung kann ein Augenschein verbunden werden. Bei der Verhandlung können sich die Beteiligten durch Bevollmächtigte vertreten und durch Rechtsanwälte oder sachkundige Personen verbeistanden lassen."

Abs. 3. „Die von den Beteiligten angebotenen Urkunden- und Zeugenbeweise sind, soweit sie von Belang sind, zu erheben. Zeugen und Sachverständige sind, wenn es sich nicht um Streitsachen geringen Wertes handelt, zu beeidigen.

Die Auswahl der Sachverständigen erfolgt durch die Behörde, welcher die Parteien Vorschläge zu machen berechtigt sind. Die Gutachten müssen den Parteien zur Erklärungsabgabe mitgeteilt werden. Auf Verlangen eines Beteiligten muß außer den im Staatsdienste angestellten Sachverständigen ein weiterer Sachverständiger nach Auswahl der Behörde gehört werden."

VI. Bei Unternehmungen unmittelbarer Städte entscheiden nach dem gegenwärtigen Rechtszustande die Magistrate dieser Städte als Distriktsverwaltungsbehörden und zwar in der Regel ein mit dem bezüglichen Referat betrauter Rechtsrat. In einem Zivilprozeß der unmittelbaren Stadt, bei welcher er angestellt ist, könnte dieser Rechtsrat ebensowenig wie sonstige Magistratsmitglieder als Zeuge vernommen werden (vgl. Entsch. d. RG. Bd. 46 S. 318). Daß er in Administrativsachen seiner Stadt eine in ihrem Kerne richterliche Stelle einnehmen kann, ist damit gewiß unvereinbar. Es wird dadurch diesen Magistratsmitgliedern ein Maß von Objektivität zugemutet, welches mit der menschlichen Natur schlechthin unvereinbar ist; bei den Beteiligten aber wird selbstverständlich Mißtrauen in die Unparteilichkeit des Beamten verursacht. Es wäre daher am Platze, die Erlassung des Wassergesetzes zu benützen, um wenigstens für Wassersachen dieses Unikum in der Rechtspflege zu beseitigen und festzusetzen, daß dann, wenn eine unmittelbare Stadt selbst Unternehmerin ist, ebenso auf Antrag eines Beteiligten in allen Sachen, bei welchen eine unmittelbare Stadt beteiligt ist, die Kreisregierung die zuständige Distriktsverwaltungsbehörde zu bestimmen habe.

[1]) Die Aufzählung derjenigen Fälle, in welchen die mündliche Verhandlung keinesfalls unterbleiben soll, bedarf noch einer eingehenderen Nachprüfung.

Das neue Urheberrecht an Werken der bildenden Künste und der Photographie.

Von **Eduard Eckert**, Amtsrichter in Nürnberg.

Durch Reichsgesetz vom 19. Juni 1901 ist das Urheberrecht an Werken der Literatur und der Tonkunst neu geregelt worden. Von den beteiligten Kreisen längst gefordert, dafür aber auch aufs gründlichste vorbereitet von der Regierung, ist nunmehr auch eine Neuregelung des Urheberrechts an Werken der bildenden Künste und der Photographie erfolgt. Am 1. Juli 1907 wird an die Stelle des Gesetzes vom 9. Januar 1876 betr. das Urheberrecht an Werken der bildenden Künste und des Gesetzes vom 10. Januar 1876 betr. den Schutz der Photographien gegen unbefugte Nachbildung ein für beide Materien gemeinschaftliches neues Gesetz treten, das Gesetz vom 9. Januar 1907 betr. das Urheberrecht an Werken der bildenden Künste und der Photographie. Der Inhalt dieses Gesetzes soll im Nachfolgenden in seinen Grundzügen dargestellt und mit dem bisherigen Rechte verglichen werden.

I.

Betrachten wir zunächst den Gegenstand des durch das neue Gesetz geschützten Urheberrechtes, so begegnen wir hierbei sofort dem wichtigsten Unterschiede zwischen dem alten und dem neuen Rechte. Das Gesetz schützt „die Urheber von Werken der bildenden Künste und der Photographie" (§ 1). Die Bestimmung, daß als Werke der Photographie auch solche Werke gelten sollen, die durch ein der Photographie ähnliches Verfahren hergestellt werden (§ 3), enthält nichts Neues. In direktem Gegensatz aber zu dem alten Rechte steht der § 2 Abs. 1, der die Erzeugnisse des Kunstgewerbes ausdrücklich zu den Werken der bildenden Künste zählt, desgl. auch Bauwerke, soweit diese künstlerische Zwecke verfolgen. Das Gesetz vom 9. Januar 1876 hatte ausdrücklich bestimmt: „Auf die Baukunst findet das gegenwärtige Gesetz keine Anwendung" (§ 3) und der § 14 desselben Gesetzes hatte nicht etwa, wie es in dem Berichte der Reichstagskommission hieß, eine Brücke geschlagen zwischen der hohen Kunst und der Industrie, sondern im Gegenteil freie Kunst und angewandte Kunst aufs strengste geschieden: er ließ dem Künstler, der die Nachbildung seines Werkes an einem gewerblichen Erzeugnisse gestattet hatte, gegen weitere Nachbildungen des Werkes im Bereiche der Industrie nur den Schutz angedeihen, der den gewerblichen Mustern oder Modellen durch das sog. Geschmacksmustergesetz vom 11. Januar 1876 eingeräumt ist. Damit war eine Scheidewand aufgerichtet zwischen der hohen oder freien Kunst, deren Erzeugnisse nur der Befriedigung des ästhetischen Bedürfnisses, nicht aber einem praktischen Gebrauchszwecke dienen wollen, und der angewandten Kunst, deren Werke die beiden Zwecke in sich vereinigen. Diese

Scheidewand ist jetzt gefallen. Wenn das neue Gesetz zu den Werken der bildenden Künste Bauwerke zählt, „soweit sie künstlerische Zwecke verfolgen“, so bedeutet das natürlich nicht, daß sein Schutz nur Bauwerken zuteil werden soll, die lediglich künstlerischen und keinen praktischen Zwecken dienen, wie etwa die Propyläen am Königsplatz in München; den Schutz des Gesetzes können vielmehr auch Bauwerke beanspruchen, die, wie die beiden anderen an diesem Platze stehenden Gebäude, einem praktischen Zwecke dienen, wenn sich an ihnen — sei es auch unter Nachahmung der Bauweise einer früheren Zeit — ein selbständiges künstlerisches, auf Befriedigung des ästhetischen Bedürfnisses gerichtetes Schaffen offenbart. Trifft diese Voraussetzung nur bei einem Teile des Bauwerkes zu, etwa bei der Fassade oder dem Treppenhause, so ist auch nur dieser Teil als Werk der bildenden Künste geschützt; nur für ihre „ästhetisch wirksamen“ Leistungen soll die Baukunst nach der Begründung des Gesetzentwurfes Schutz erhalten. Anderseits berechtigt natürlich weder dieser Ausdruck in den Motiven noch eine Aeußerung des Staatssekretärs des Innern im Reichstag: „man sollte — namentlich auf dem Gebiete der Architektur — nur die Nachbildung wirklich künstlerischer Schöpfungen verbieten“ zu der Annahme, daß bei der Beurteilung der Schutzfähigkeit eines Bauwerkes irgend welches Gewicht auf den Grad der künstlerischen Vollendung, auf den größeren oder geringeren ästhetischen Wert zu legen sei; denn maßgebend ist nach dem klaren Wortlaute des Gesetzes das Verfolgen, nicht das Erreichen künstlerischer Zwecke.

Auch für den Begriff des Kunstgewerbes im Sinne des § 2 kommt es nicht auf das Maß der künstlerischen Vollendung eines gewerblichen Erzeugnisses an. Wenn man von Erzeugnissen des Kunstgewerbes spricht, so verbindet sich damit allerdings leicht der Gedanke an ästhetisch wertvolle Gegenstände. Bei der Anwendung des Gesetzes vom 11. Januar 1876, betreffend das Urheberrecht an Mustern und Modellen, das ja eine Hebung des deutschen Kunstgewerbes bezweckte, ist denn auch die Frage aufgetaucht, ob der Schutz des Gesetzes den gewerblichen Erzeugnissen schlechthin oder nur den ästhetisch befriedigenden Erzeugnissen des Kunstgewerbes zukomme. Die Frage darf für das Musterschutzrecht als in dem Sinn erledigt gelten, daß für die Schutzfähigkeit eines Erzeugnisses nicht dessen ästhetischer Wert bestimmend ist, sondern die Tatsache, daß es dem Verfertiger gelungen ist, das Aeußere eines Gebrauchsgegenstandes so zu gestalten, daß er auf den Geschmack, das ästhetische Empfinden des Beschauenden in eigenartiger Weise — anders als die bisher im Verkehre gesehenen Gegenstände derselben Gattung — einzuwirken vermag. Ob diese Einwirkung günstig ist oder nicht, darüber können die Meinungen auseinandergehen; die Entscheidung dieser Frage ist auch ohne Belang für die Schutzfähigkeit des Gegenstandes. Dieser Standpunkt ist auch gegenüber dem Gesetze vom 9. Januar 1907 beizubehalten. Man darf nicht etwa unterscheiden wollen zwischen gewerblichen Erzeugnissen von künstlerischer Vollendung, die denselben Schutz wie die Werke der sog. hohen Kunst genießen würden, und gewerblichen Erzeugnissen ohne Kunstwert oder mit geringem Kunstwerte, die auf den Musterschutz des alten Rechtes angewiesen wären. Wie die Werke der sog. hohen Kunst ohne Rücksicht auf ihre künstlerische Vollendung geschützt werden, so kommt es auch bei den Erzeugnissen der angewandten Kunst nicht darauf an, ob sie ihren künstlerischen Zweck wirklich erreichen. Der Regierungsentwurf hatte auch nicht den in der Reichstagskommission gewählten Ausdruck „Erzeugnisse des Kunstgewerbes“ gebraucht, sondern für Werke der bildenden Künste „gewerbliche Erzeugnisse“ erklärt, „soweit sie künstlerische Zwecke verfolgen“. In der Begründung des Entwurfes war hierzu bemerkt, es werde hier wie allgemein der Gesichtspunkt maßgebend sein, ob unabhängig von dem Gebrauchszwecke der Sache eine individuelle künstlerische Leistung vorliege; daß aber bei dieser der höhere oder niederere Kunstwert nicht ins Gewicht falle, sei schon heute anerkannten Rechtes und bedürfe keiner besonderen Hervorhebung im Gesetze. Durch die von der Reichstagskommission gewählte Fassung ist das Gesetz zwar nicht klarer, jedenfalls aber auch sachlich nicht geändert worden.

Der urheberrechtliche Schutz, den das Gesetz vom 11. Januar 1876 gewährt, wird durch das neue Gesetz nicht berührt. Wegen der besonderen Voraussetzungen, an die er geknüpft ist, vor allem wegen der Notwendigkeit der Anmeldung und Hinterlegung bei der Registerbehörde, kommt er natürlich nicht ohne weiteres allen gewerblichen Erzeugnissen zu, die als Werke der bildenden Künste geschützt sind. Eine andere Frage ist die, ob es bei der jetzt getroffenen Regelung noch Gegenstände geben wird, die den Musterschutz genießen und nicht zugleich auch als kunstgewerbliche Erzeugnisse urheberrechtlichen Schutz nach den Bestimmungen des Gesetzes vom 9. Januar 1907 beanspruchen können. In der Begründung des Gesetzentwurfes ist die Frage bejaht — ob mit Recht oder nicht, dies zu erörtern dürfte hier zu weit führen. Jedenfalls liegt, wenn die Motive beispielsweise „plastische Bildwerke ohne ausgeprägte individuelle Formung“ lediglich auf den Musterschutz verweisen, der Gedanke nahe, daß damit dem künstlerischen Wert eine ihm nicht zukommende Bedeutung beigelegt wird.

Als Werke der bildenden Künste gelten nach § 2 Abs. 2 auch Entwürfe für Erzeugnisse des Kunstgewerbes sowie für Bauwerke der oben bezeichneten Art; auf solche Entwürfe, wie überhaupt auf alle Entwürfe, die als Werke der bildenden Künste anzusehen sind, finden die Bestimmungen, die das Gesetz über das literarische Urheberrecht

zum Schutze von Abbildungen enthält, keine Anwendung (§ 4).

Urheberschutz genießen endlich auch Werke der bildenden Künste und der Photographie, die selbst wieder Nachbildungen solcher Werke sind. Hierin liegt ein wichtiger Unterschied gegenüber dem bisherigen Recht. Es kommt in Zukunft für die Schutzfähigkeit nicht mehr darauf an, ob die Nachbildung rechtmäßig erfolgt ist oder nicht, ob der Nachbildende dasselbe Kunstverfahren gewählt hat, in dem das Original hergestellt ist, oder ein anderes (§ 7 des Ges. vom 9. Jan. 1876), ob das durch Photographie nachgebildete Werk schon Gemeingut ist oder nicht (§ 1 Abs. 2 des Ges. vom 10. Jan. 1876). Aber daran hat selbstverständlich auch das neue Recht festgehalten, daß der Urheber einer Nachbildung seine Urheberbefugnisse dann, wenn der Urheber des nachgebildeten Werkes selbst noch Schutz genießt, nur mit dessen Einwilligung ausüben darf (§ 15 Abs. 2). Er darf seine Nachbildung nur mit Einwilligung des Urhebers des Originales vervielfältigen, verbreiten usw.; denn in der Vervielfältigung und Verbreitung der Nachbildung liegt ja auch eine Vervielfältigung und Verbreitung des Originales. Dagegen bedarf er dieser Einwilligung nicht, wenn es sich darum handelt, andere, und sei es auch der Urheber des Vorbildes, von der Vervielfältigung, Verbreitung oder Vorführung der Nachbildung auszuschließen. Zu beachten ist aber, daß als Werk der bildenden Künste nicht jede Nachbildung geschützt wird, die mit den Mitteln der bildenden Künste hergestellt ist; in der Begründung des Gesetzentwurfes ist wohl mit Recht die Forderung aufgestellt, daß auch die Nachbildung das Ergebnis individueller künstlerischer Tätigkeit sei. Immerhin handelt es sich hierbei um eine künstlerische Tätigkeit von verhältnismäßig untergeordneter Bedeutung. Die in der Nachbildung zum Ausdrucke kommende Idee rührt von dem Urheber des Originales her; ebenso müssen sich in der Hauptsache auch die Formen, durch die dieser Idee Ausdruck verliehen wird, mit denen des Vorbildes decken. Wäre es anders, so könnte man nicht von einer Nachbildung sprechen. Die Selbständigkeit des Nachbildenden kann sich also fast nur in der Anwendung der Mittel äußern, durch die er das Vorbild — dessen Linien und Farben und damit dessen Ideen — in der Nachbildung zur Anschauung bringt. Deshalb ist es wohl möglich, aber immerhin selten, daß auch eine Nachbildung, die in demselben Kunstverfahren hergestellt ist wie das Vorbild, urheberrechtlichen Schutz genießt.

Anders liegt der Fall, wenn jemand nicht nur eine andere Kunstform, ein anderes künstlerisches Verfahren wählt als der Urheber des Vorbildes, sondern den im Vorbild enthaltenen Gedanken in wesentlich anderer Gestaltung zum Ausdrucke bringt. Dann mag die Idee der neuen Schöpfung sich von der des Vorbildes nicht weiter unterscheiden, als es eben die anderen Formen und Farben notwendig mit sich bringen, m. a. W. es mag das Motiv, der Gegenstand des Kunstwerkes in beiden Bildern identisch sein, der Urheber des zweiten Werkes genießt doch vollkommenen urheberrechtlichen Schutz. Das Gesetz leiht seinen Schutz nicht demjenigen, der eine künstlerische Idee hat, sondern demjenigen, der ihr Form gegeben, der sie durch die Mittel der bildenden Künste zur Anschauung gebracht hat. Darum bestimmt der § 16 in Uebereinstimmung mit den §§ 4 und 2 der Gesetze vom 9. und 10. Januar 1876: Die freie Benutzung eines Werkes ist zulässig, wenn dadurch eine eigentümliche Schöpfung hervorgebracht wird.

Von Bedeutung ist, daß das neue Recht den Schutz der Photographie nicht mehr abhängig macht von den in § 5 des alten Gesetzes aufgeführten besonderen Voraussetzungen: Die Photographie braucht nicht mehr den Namen oder die Firma und den Wohnort des Verfertigers oder Verlegers und das Kalenderjahr des Erscheinens zu tragen.

II.

Wer als Urheber anzusehen ist, ist in dem neuen Gesetz ebensowenig ausdrücklich bestimmt, wie in dem bisherigen Rechte. Durch eine Bestimmung, wie sie ein im April 1904 veröffentlichter Gesetzentwurf enthielt: „Urheber eines Werkes ist dessen Verfertiger", wäre in der Tat nicht viel gewonnen gewesen. Außer Zweifel steht, daß die Verwendung von Hilfskräften an und für sich den Anspruch, als Urheber zu gelten, noch nicht ausschließt. Es ist eine Tatfrage und muß von Fall zu Fall entschieden werden, wann derjenige, der sich fremder Arbeitskräfte bei der Herstellung eines Werkes bedient, nicht als Urheber, sondern nur als Auftraggeber anzusehen ist. In diesem Falle taucht dann die weitere Frage auf, ob das Urheberrecht nicht vielleicht kraft des zwischen dem Hersteller und dem Auftraggeber bestehenden Vertragsverhältnisses mit der Herstellung des Werkes auf den Auftraggeber übergegangen ist. Gerade auf dem neu in das Gesetz einbezogenen Gebiete der angewandten Kunst wie auch auf dem der Photographie kann diese Frage häufig praktisch werden. Für den Musterschutz gilt hier die Bestimmung in § 2 des Gesetzes vom 11. Januar 1876: „Bei solchen Mustern und Modellen, welche von den in einer inländischen gewerblichen Anstalt beschäftigten Zeichnern, Malern, Bildhauern rc. im Auftrag oder für Rechnung des Eigentümers der gewerblichen Anstalt angefertigt werden, gilt der letztere, wenn durch Vertrag nichts anderes bestimmt ist, als der Urheber der Muster und Modelle." Bei dem Urheberrecht nach den Bestimmungen des Gesetzes vom 9. Januar 1907 findet ein solcher Rechtsübergang kraft Gesetzes oder richtiger ein solches Entstehen des Urheberrechts in der Person eines anderen als des Verfertigers nicht statt. Theoretisch ist deshalb die

Möglichkeit nicht von der Hand zu weisen, daß an einem kunstgewerblichen Erzeugnis von zwei verschiedenen Personen Urheberrechte geltend gemacht werden, von der einen auf Grund des Musterschutzgesetzes, von der anderen auf Grund des neuen Gesetzes über das Urheberrecht an Werken der bildenden Künste. In der Regel freilich wird man auch für das durch dieses Gesetz geschützte Urheberrecht annehmen dürfen, daß es nach dem Willen der Beteiligten auf den geschäftlichen Unternehmer übergehen soll, wenn der Verfertiger diesem, wie die Motive sich ausdrücken, „als Angestellter, Beamter usw. seine Dienste berufsmäßig und gegen Entgelt zur Verfügung gestellt hat." Auch wo ein solcher Parteiwille nicht zu erweisen sein sollte, könnte der Verfertiger eines Werkes der bildenden Künste das ihm in dieser Eigenschaft zustehende Urheberrecht jedenfalls nicht gegen den Auftraggeber geltend machen, um die Musterschutzrechte zu beeinträchtigen, die diesem an demselben Gegenstande nach § 2 des Gesetzes vom 11. Januar 1876 zustehen.

Die Frage, wer als Urheber anzusehen oder zu vermuten ist, insbesondere dann, wenn mehrere an der Herstellung eines Werkes beteiligt sind, wird in den §§ 5—9 für eine Reihe von Fällen besonders geregelt. Die Regelung erfolgt in derselben Weise wie in dem Gesetz über das Urheberrecht an Werken der Literatur und der Tonkunst. Da es sich somit nicht eigentlich um neugeschaffenes Recht handelt, so soll auf diese Bestimmungen hier nicht weiter eingegangen werden.

Auch die Vorschriften über die Vererblichkeit und Uebertragbarkeit des Urheberrechtes (§ 10) enthalten nichts, was als neues Recht hier zu besprechen wäre. Nur eine Stelle aus der Begründung des Gesetzentwurfes möge hier zum Verständnis des Sprachgebrauches des Gesetzes Platz finden: „In Uebereinstimmung mit dem Literargesetze hat der Entwurf, wo er vom Urheber spricht, nicht nur denjenigen, in dessen Person das Urheberrecht entstanden ist, sondern, falls nicht etwa aus dem Zusammenhang ein anderes hervorgeht, auch den Erben, nicht aber einen sonstigen Rechtsnachfolger im Auge. Im Gegensatze hierzu ist als „Berechtigter" jeder zu verstehen, der im gegebenen Falle zur Ausübung des Urheberrechtes befugt ist, folglich unter Umständen auch der Verleger."

An den § 10 reihen sich zwei Bestimmungen mehr verlagsrechtlichen Inhaltes an. Sie betreffen das Urheberrecht an Beiträgen für Zeitungen, Zeitschriften und Sammelwerke, periodische und nicht periodische, sowie die Verpflichtung des Erwerbers des Urheberrechtes, sich bei der Ausübung der erworbenen Befugnisse aller Aenderungen an dem Werke selbst, an dessen Bezeichnung oder an der Bezeichnung des Urhebers zu enthalten; zulässig sind Aenderungen, für die der Berechtigte seine Einwilligung nach Treu und Glauben nicht versagen kann (§§ 11 u. 12). Diese Bestimmungen haben ihr Vorbild in dem § 9 des Ges. über das Urh.R. an W. d. Lit. und den §§ 3, 41, 42 u. 13 des Ges. über das Verlagsrecht und sollen darum hier nicht näher besprochen werden. Nur eine Bemerkung sei gestattet. In den Motiven heißt es: „Keinem Zweifel wird es unterliegen, daß namentlich die Uebertragung des Werkes in eine andere Größe und solche Aenderungen gestattet sind, die das für die Vervielfältigung angewendete Verfahren mit sich bringt". Dies dürfte zu weit gehen. Ein Bild kann bei der Wiedergabe in einem anderen, vor allem in einem vielfach vergrößerten Maßstabe und ebenso durch ein mangelhaftes oder nicht passendes Vervielfältigungsverfahren unendlich viel von seinem ursprünglichen Charakter einbüßen und in solcher Umgestaltung der künstlerischen Ehre seines Schöpfers so nachteilig sein, daß diesem das Recht nicht versagt werden kann, auf Grund des § 12 Einspruch zu erheben gegen eine solche Ausnützung der von ihm übertragenen Vervielfältigungsbefugnis. Dem steht nicht entgegen, daß das Gesetz für zwei Fälle, in denen es die Vervielfältigung ohne die Genehmigung des Urhebers gestattet, Aenderungen der gedachten Art ausdrücklich für zulässig erklärt (§ 21).

Im Zusammenhange mit der Frage der Uebertragbarkeit des Urheberrechts steht die jetzt gesetzlich geregelte Frage der Pfändbarkeit. Im Gegensatze zu dem stofflich meist wertlosen Manuskript ist das Werk der bildenden Künste der Pfändung nicht entzogen. In das Urheberrecht aber findet die Zwangsvollstreckung gegen den Urheber nur statt, wenn er selbst — nicht etwa nur sein gesetzlicher Vertreter — die Einwilligung dazu gegeben hat, und gegen die Erben des Urhebers ohne deren Einwilligung nur dann, wenn das Werk oder eine Vervielfältigung davon schon erschienen ist. Das gleiche gilt von der Zwangsvollstreckung in solche Formen, Platten, Steine oder sonstige Vorrichtungen, die ausschließlich zur Vervielfältigung des Werkes bestimmt sind; der Erwerb dieser Gegenstände ohne das Recht zur Vervielfältigung würde dem Erwerber kaum einen Vorteil, dem Künstler oder seinem Erben aber leicht schweren Schaden bringen (§ 14).

Eine gesetzliche Voraussetzung des Urheberschutzes ist ebenso wie bei den Werken der Literatur und der Tonkunst die Reichsangehörigkeit des Urhebers und, wo diese fehlt, in gewissem Sinne eine Reichsangehörigkeit des Werkes; wer nicht Reichsangehöriger ist, genießt den Schutz des Gesetzes nur für ein Werk, das im Inland erscheint und nur, sofern er nicht das Werk an einem früheren Tag im Ausland hat erscheinen lassen (§ 54). (Schluß folgt.)

Kultusbaustreitigkeiten.

Von Dr. jur. Heinrich Tretzel, Bezirksamtsassessor in Eggenfelden.

(Fortsetzung statt Schluß.)

Verwaltungsstreitigkeiten.

Die öffentlichrechtlichen Streitigkeiten über die Baupflicht sind in der Regel streitige Verwaltungssachen. Parteistreitigkeiten zwischen Kirchenstiftung und Kirchengemeinde oder Kirchengemeinden sind Streitigkeiten aus dem Kirchengemeindeverband [1]) und fallen unter die Zuständigkeit des Art. 10 Ziff. 13 des Verwaltungsgerichtsgesetzes,[2]) während Streitfälle zwischen Gemeinde und Kirchenstiftung bzw. Kirchengemeinde bezüglich der Baupflicht an Schul- und Mesnerhäusern unter Art. 10 Ziff. 19 einzureihen sind.[3]) Differenzen zwischen einer Kirchenstiftung oder Kirchengemeinde und der Staatsaufsichtsbehörde, also die Austragung von Beschwerden gegen die Staatsaufsicht, welche die Kirchenstiftung oder Kirchengemeinde im Aufsichtsweg anhält, werden dagegen nach Art. 10 Ziff. 3 [4]) erst in letzter Instanz und nur dann Verwaltungsrechtsstreitigkeiten, wenn von dem einschlägigen Stiftungsverwaltungsorgan, also der Kirchenverwaltung oder von der Kirchengemeinde behauptet wird, daß dem Kirchenvermögen, einer kirchlichen Stiftung oder der Kirchengemeinde eine rechtlich nicht begründete Leistung auferlegt worden sei. Zuständige Verwaltungsbehörde ist wie in allen strittigen Verwaltungsfragen, welche die Baupflicht betreffen, so insbesondere bei streitigen Verwaltungssachen die Kuratelbehörde, welche über das Kirchenvermögen der in Frage stehenden Kirche zu wachen hat;[5]) in letzter Instanz entscheidet bei streitigen Verwaltungssachen der Verwaltungsgerichtshof.[1]) Das Verfahren ist das für strittige Verwaltungssachen vorgeschriebene.[2])

Von den strittigen Verwaltungssachen zu trennen sind die Streitigkeiten über reine Verwaltungsfragen,[3]) d. h. Ermessensfragen, welche von der Kuratelbehörde erledigt werden.[4]) Dahin gehören vor allem[5]) die Fragen über die Notwendigkeit[6]) und Zweckmäßigkeit eines Baues,[7]) über die Leistungsfähigkeit des Kirchenvermögens hierzu,[8]) wozu auch die Frage gehört, ob und wie die vorhandenen Mittel zum Bau verwendet werden sollen und darunter die Frage, ob die Konkurrenzen in Anspruch genommen werden sollen.[9]) In allen diesen Fragen gibt die Kuratel einen Ausspruch jedoch nur als Kuratelbehörde in Verfügung über das ihrer Wahrung anvertraute Kirchenvermögen, während sie den Umfang der Leistungspflicht Dritter weder erweitern[10]) noch bestimmen kann. Ueber den Umfang der Lei-

---

[1]) VGE. XXIV 229; Seiler S. 88.

[2]) VGE. XXII 147; Dyroff S. 287 Note 11; auch die Beitragspflicht einer andern Kirchenstiftung bzw. einer andern Kirchengemeinde aus einem Verbandsverhältnis, wozu auch das Filialverhältnis zählt (anders BlAdmPr. XXV 99; RBl. 1851 S. 738; Krais I 331, vgl. RBl. 1859 S. 1113), ist öffentlichrechtlich.

[3]) Die Konkurrenzpflicht der Kirchenstiftung bzw. Kirchengemeinde gegenüber einer Gemeinde und umgekehrt fällt unter 10 Ziff. 19, während die Leistungspflicht der Kirchengemeindeglieder unter 10 Ziff. 13 einzureihen ist: VGE. XVIII 85, XXI 123, XXIV 225, XXV 345, 373, vgl. III 553, IX 118, XI (95) 205; Reger-Dyroff S. 293, 295 Note 5.

[4]) VGE. XVIII 86; dazu VGE. XXI 130; Reger-Dyroff S. 275.

[5]) Permaneder S. 60; VGE. XVIII 87 (IV 177), X 129, XI 131, XIII 238; Reger-Dyroff S. 288. Kuratelbehörden sind bei unmittelbaren Kirchengemeinden die Regierung, sonst die Bezirksämter: GemO. Art. 206 mit RevGE. § 122, 124, 126, 127, 129; VollzVorschr. vom 18. Okt. 1837 Ziff. 207. Oertlich zuständig ist die Kuratelbehörde, welche der Kirchenstiftung, deren Kultusgebäude in Frage steht, vorgesetzt ist: VGE. XVIII 87, XXV 373 (die Schulaufsichtsbehörde gegen die Kirchenstiftung), Reger-Dyroff S. 293 Anm. 1. Der modernen Anschauung entspräche es mehr, die Aufsichtsbehörde für zuständig zu erachten, welche auch das Staatsaufsichtsverfahren durchführt. — Zur Entscheidung über die Baupflicht an einer Filialkirche, deren Vermögen mit dem Hauptkirchenvermögen in einer unmittelbaren Stadt verwaltet wird, ist das Bezirksamt berufen. VGE. XVIII 87. Bei Schul- und Mesnerhäusern entscheidet die Schulaufsichtsbehörde, FormV. vom 17. Dez. 1825 § 19b und 50; nach Reger-Dyroff S. 293 die Distriktsverwaltungsbehörde im Benehmen mit der Distriktsschulinspektion (ME. vom 24. Juli 1833 II f. u. 24. Juni 1839 Ziff. 4 Weber III 289); es ist aber unklar, warum die Distriktsschulinspektion bei einer Entscheidung mitwirken soll.

[1]) Art. 10 VGG.

[2]) Art. 45 mit 16 ff. VGG.

[3]) Seydel I 592; Vdg. vom 16. Dez. 1810, dazu RBl. 1868 S. 2433; BlAdmPr. XII 325, XVII 145, XXVIII 322, XLVII 46.

[4]) Die bauliche Unterhaltung ist überhaupt eine Verwaltungssache, RBl. 1868 S. 2433.

[5]) Die Vdg. vom 16. Dez. 1810 zählt auf: ob der Bau notwendig, wie und wann gebaut werden soll? ob der Bau wirklich vorhanden sey, daß die Dezimatoren und andere Baupflichtige zur Konkurrenz anzurufen seyen? oder ob die vorkommenden Baureparationen blos von dem Pfründebesitzer oder den betreffenden Kirchenfonds bestritten werden sollen oder ob der Baufall ein Hauptbau oder eine Hauptbaureparation sey? ob ad onus successorum gebaut werden soll? Wie die Bauschillingsfristen zu reguliren seyen? ferner über die Gegenstände in Baurechnungen, deren Prüfung ihnen gleichfalls zukömmt, über die Baufallschätzungen, über Baufälle, welche dem Vorfahrer zur Last fallen ꝛc.“

[6]) Ob ein Bedürfnis besteht: Krais I 342; Stingl S. 979; Seeberger S. 894; BlAdmPr. I 343, 419; XXVIII 323; RBl. 1868 S. 2433; VGE. III 144, XI 224; OGH. XI 230, XIII 543, XIV 810, anderseits XV 18; ob ein Blitzableiter anzubringen ist, OGH. V 571.

[7]) Das technische der Bauführung gehört zur Verwaltung: ME. vom 11. Okt. 1828; ob ein Raum zur Erfüllung des Zwecks geeignet VGE. XVI 17, vgl. VGE. XI 224.

[8]) Ueber die Insuffizienz, d. h. die Frage, ob die Mittel ausreichen: Krick, Baupflicht S. 89; Krais I 342; Stingl S. 980; Seeberger S. 984; Seydel III 601; OGH. XIII 543; BlAdmPr. XXII 33, XXV 49, XXVIII 323, 327, XLIII 57.

[9]) BlAdmPr. I 419, XXVIII 323; Seeberger 894.

[10]) BlAdmPr. XXVIII 180.



stungspflicht der Konkurrenzen haben im Streitfall die Gerichte zu entscheiden.[1]) Damit fällen sie auch ein Urteil, ob die Konkurrenz in der beanspruchten Höhe und dem vorgesehenen Umfang zu dem in Aussicht genommenen Bau beitragen muß[2]) und ob überhaupt die Voraussetzungen der Inanspruchnahme der Konkurrenzen, also vor allem die Insuffizienz des Kirchenvermögens gegeben ist.[3]) Anders ist die herrschende Anschauung,[4]) welche alle Verwaltungsfragen, insbesondere die Insuffizienzfrage,[5]) ausscheidet und ausschließlich den Kuratelbehörden zuweist.[6]) Hierfür findet sich aber nirgends eine gesetzliche Stütze, vielmehr sind auch hier Zwischenfragen verwaltungsrechtlicher Natur von den Gerichten inzidenter zu entscheiden,[7]) wie anderseits Verwaltungsbehörden privatrechtliche Fragen als Zwischenfragen selbst behandeln können.[8]) Auch der Verwaltungsgerichtshof hat die Rechtsfrage, ob eine Kirchengemeinde in einem bestimmten Umfang

[1]) Das Gericht entscheidet über die prinzipielle Frage und den allgemeinen Umfang (OGH. XIV 810), ob eine bauliche Wendung notwendig, aber nur über den Umfang der Baupflicht im allgemeinen; (es kann den Administrativbehörden nicht das Recht abgesprochen werden, im einzelnen Fall etwa weiter auftauchende Fragen zu entscheiden); ob das Bedürfnis eines Baufalls gegeben ist und in welchem Grade (ebenda); das Gericht entscheidet auch, ob eine einzelne bestimmte Leistung oder eine gewisse Art von Leistungen im Umfang der Kultusbaulast mit inbegriffen und deshalb mitzuleisten ist, z. B. Brandversicherungsbeiträge (GVBl. 1877 Beil. I S. 1).

[2]) d. h. ob eine Bauvornahme notwendig, da der Baupflichtige nur Notwendiges leisten muß: BlAdmPr. XXVIII 180, FMBl. 1867 S. 169, 1868 S 11; OGH I 461, V 571; Krais I 329; Krick, Baupflicht 79; ob die Gemeinde in dem Maße an den Baukosten mitzutragen hat, wie vom andern verlangt wird: RBl. 1871 S. 1809.

[3]) Ob bei einem Baufall die Voraussetzungen gegeben sind, welche den Eintritt der Konkurrenzpflicht sowohl was den Gegenstand und den Umfang, als was die Subsidiarität betrifft, bedingen, RBl. 1871 S. 1809; bezüglich der Leistungsfähigkeit: BlfRA. XL 111; Stingl S. 980; OGH. XV 18 (bezüglich früherer Fälle); vgl. VGE. XVIII 118.

[4]) Diese folgert aus der Vdg. vom 16. Dez. 1810 eine präjudizielle Zuständigkeit der Verwaltung: BlAdmPr. I 340.

[5]) BlAdmPr. XXII 33, XXV 49, XXVIII 321, XLIII 57, XLVII 47; BlfRA. LVII 171; OGH. XIII 543 (KMBl. 1892 S. 245).

[6]) Stingl, S. 980. Der Insuffizienzbeschluß wird durch die Distriktsverwaltungsbehörde bei der Instruktion erlassen, kann aber von der Regierung berichtigt werden (für die DistriktsverwBeh.: BlAdmPr. XXII 42, XLV 133, Permaneder S. 68; dagegen für die Zuständigkeit der Regierung BlAdmPr. XXV 50, XXVIII 327, Krick, Baupflicht, S. 282; nach kollegialer Beratung BlAdmPr. XXV 50, dagegen XLVII 47). Er ist lediglich eine Bestätigung zu den Akten über das Vorhandensein von Mitteln zu dem Bau BlAdmPr. XXVIII 327; Beispiel eines Beschlusses BlAdmPr. XXV 52.

[7]) Seydel I 586.

[8]) Im verwaltungsrechtlichen Verfahren werden Verwaltungsfragen in letzter Instanz nicht mit gewürdigt: VGG. Art. 13 (VGE. III 141, XVI 17, vgl. XI 225), jedoch bei der Regierung und der 1. Instanz.

herangezogen werden kann, also inwieweit die Kuratelbehörde nach dem Gesetz die Notwendigkeit bemessen kann, zu entscheiden.

Zivilrechtsweg.

Soweit privatrechtliche Verhältnisse vorliegen,[1]) handelt es sich in der Regel um Baulasten d. i. Komplexlasten, welche den Reallasten analog behandelt werden.[2]) Klagen werden demnach in der Regel auf Erfüllung einer konkreten Leistung[3]) aus diesem Rechtsverhältnis oder auf Anerkennung des Bestehens oder Nichtbestehens der Baupflicht bzw. der Freiheit von dieser Last,[4]) also auf Feststellung des Rechtsverhältnisses,[5]) gehen. Die Feststellungsklage ist bei jeder Rechtsverletzung,[6]) z. B. Abstreitung des Rechts, zulässig, sie kann aber auch schon vor einer eigentlichen Rechtsverletzung dann erhoben werden, wenn der Kläger ein Interesse daran hat, daß das Rechtsverhältnis alsbald festgestellt werde, ohne daß ein bestimmter Baufall vorliegt.[7])

Für die Zuständigkeit ist der allgemeine Gerichtsstand des Beklagten, der als baupflichtig

[1]) Privatrechtlich ist die Zehentbaulast (VGE. XVIII 87, XXV 374; RBl. 1864 S. 30) ebenso die Patronatsbaupflicht (OGH. n. F. IV 832; VGE. VI 166, anders Seiler S. 89), die Baupflicht des Aerars (VGE. XVI 19).

[2]) Die Baulast ist eine auf den ursprünglich zum Kirchenvermögen gehörigen Grundstücken und Grundrechten ruhende Last. OGH. VII 883, IX 89. In der Literatur wird die Baulast als Reallast, bzw. als deutschrechtliche Reallast auf dem gesamten ehemaligen Kirchenvermögen, das sich in Händen des Baupflichtigen befindet, angesehen: Huck, Die rechtl. Natur der kirchl. Baulast, Zeitschr. f. deutsches Recht und Rechtsgesch. VIII 326 f.; Schmitt PG., Die Kultusbaulast 1888 S. 60, 225, 259; Roth, b. ZivR. II 142; Bl. f. RA. XLVII 30; Vhdl. d. K. d. A. 1851/52, Sten. Ber. V 296, Beil. Bd. IV 320. Nach dem obersten Gerichtshof ist die Baulast als deutschrechtliche, den Reallasten analoge Obligation anzusehen, die nicht rein dinglich, sondern gemischt dinglich-persönlicher Natur ist (OGH. VI 753, X 17, XII 579; Geret, Vdg. Samml. n. F. XXXIII 603, vgl. jedoch OGH. VII 431, Permaneder S. 41 Anm. 115), also eine Art Reallast, auf welche die Bestimmungen über Reallasten entsprechend anzuwenden sind (RBl. 1858 S. 1012; OGH. II 101, VII 431, IX 510, X 17, XII 579, 582, XIII 407, XIV 810, Geret XXXIII 603); über den Begriff der Reallast OGH. IX 510.

[3]) OGH. X 82, XIV 810.

[4]) OGH. V 578, VI 931, XIV 810, RBl. 1858 S. 1012; Seeberger S. 893 Anm.; also petitorisch und negatorisch: RBl. 1858 S. 1012; OGH. V 578, VI 573 (confessoria u. negatoria utilis), VII 763.

[5]) ZPO. § 256; OGH. VI 931, IX 115, 642, X 82; auch über den Umfang; VGE. XII 481.

[6]) Eine Rechtsverletzung liegt schon vor, wenn der in Anspruch Genommene zwar erklärt, er wolle die geforderte Leistung erfüllen, aber nur freiwillig, ohne eine Verpflichtung anzuerkennen (OGH. X 82) oder bei Anerkennung nur zum Teil (VGE. XII 484), überhaupt, wenn der tatsächliche Zustand mit dem Recht nicht in Einklang steht (OGH. X 82).

[7]) ZPO. § 256; OGH. VI 931, X 82, XIV 810; Seufferts Archiv XV Nr. 80; Stingl S. 973.

in Anspruch genommen wird, maßgebend.[1]) Der Streitwert wird vom Gericht nach freiem Ermessen festgesetzt.[2]) Prozeßbeteiligt sind in der Regel die Kirchenstiftung, bzw. bei Schul- und Mesnerhäusern auch die Gemeinde und der bzw. die als obligatorisch oder dinglich verpflichtet in Anspruch Genommenen.[3]) (Schluß folgt.)

Mitteilungen aus der Praxis.

Ist bei sog. altrechtlichen Hypothekenurkunden zur Zwangsvollstreckung in das eingebrachte Gut der Frau ein Duldungstitel gegen den Mann im Sinne des § 739 ZPO. erforderlich? Bei der praktischen Wichtigkeit dieser in dem Aufsatze von Will (s. Nr. 1 dieser Zeitschrift, Jahrgang 1907 S. 12) erörterten Frage mag es gestattet sein, auf sie noch einmal zurückzukommen. Das gesamte in Frage kommende Material hier zusammenzustellen, erübrigt sich, weil dies in dem bezeichneten Aufsatze schon mit großer Sorgfalt geschehen ist.[1])

Leitender Gesichtspunkt ist, daß § 706 Abs. II ZPO. ä. F. bezüglich der Hypothekenurkunden ohne Einschränkung abweichende Vorschriften von den Bestimmungen der ZPO. über die Zwangsvollstreckung zugelassen hat und daß dieser Rechtszustand in Ansehung der Hypotheken, die schon zu der Zeit bestehen, zu welcher das Grundbuch als angelegt anzusehen ist, durch Art. VIII des Einführungsgesetzes zu dem Gesetze betr. Aenderungen der ZPO. aufrechterhalten ist. Gegenstand der Untersuchung kann also nur die Frage sein, ob durch das AG. z. ZPO. in seiner jetzigen Gestalt die Anwendbarkeit des § 739 ZPO. auf diese Hypothekenurkunden vorgeschrieben ist; denn die Vollstreckbarkeit von Hypothekenurkunden — mit der oben wiedergegebenen zeitlichen Einschränkung — ist auch jetzt noch vom AG. z. ZPO. erschöpfend und selbstständig geregelt, wenn auch zum Teil unter Zuhilfenahme der Bestimmungen der ZPO.

Die Ausnahmevorschriften des AG. z. ZPO. sind geschaffen worden, um dem Gläubiger die Verfolgung seiner Rechte aus der Hypothek gegen früher, d. h. gegen die Zeit vor Einführung der Reichszivilprozeßordnung nicht zu erschweren. Der gleiche Zweck ist aber auch maßgebend gewesen für die Aufrechterhaltung der Ausnahmebestimmungen in Art. VIII EG. z. d. Ges. betr. Aenderungen der ZPO. Deshalb muß nicht nach den Grundsätzen geforscht werden, nach denen die ZPO. die Vollstreckung aus Urkunden regelt, sondern nach den Grundsätzen, von welchen das bayerische AG. z. ZPO. für die Vollstreckung aus Hypothekenurkunden ausgeht. Diese Grundsätze sind erstens: die Vollstreckbarkeit soll den Hypothekenurkunden kraft des Gesetzes zukommen, zweitens: aus der Hypothekenurkunde muß die Vollstreckung gegen alle diejenigen stattfinden, gegen welche der Anspruch nach dem Inhalte der Urkunde begründet ist (Mot. S. 252), drittens: durch die gesonderte Regelung der Vollstreckung aus Hypothekenurkunden soll den Bedürfnissen des Verkehrs möglichst weit entgegengekommen werden.

Diese Grundsätze sind in Art. 127 AG. z. ZPO. zur Anwendung gebracht, deshalb konzentriert sich die Frage dahin, ob durch die Vorschrift des Art. 136 AG. z. ZPO. „Im übrigen finden auf die Zwangsvollstreckung aus Hypothekenurkunden die Bestimmungen der ZPO. entsprechende Anwendung" nunmehr auch die Anwendbarkeit des § 739 ZPO. n. F. mit umfaßt ist. Durch die Worte „im übrigen" ist ausgedrückt, daß die Vorschriften der ZPO. keine Anwendung finden, soweit in den vorausgehenden Bestimmungen des AG. z. ZPO. gesonderte Anordnungen getroffen sind. Letzteres ist in Art. 127 AG. z. ZPO. geschehen, denn hiernach ist zur Vollstreckung aus Hypothekenurkunden nichts weiter erforderlich, als daß die Hypothek vertragsmäßig für einen Anspruch auf Zahlung einer bestimmten Geldsumme bestellt ist und daß der Anspruch durch die Urkunde festgestellt ist. Daß die Vollstreckung gegen jeden stattfindet, gegen den der Anspruch nach dem Inhalte der Urkunde begründet ist, ist allerdings keine Abweichung von den Normen der ZPO., allein diese Tatsache rechtfertigt nicht, die Vollstreckung jetzt von mehr oder schwereren Voraussetzungen als früher deshalb abhängig zu machen, weil die Nov. z. ZPO. solche Aenderungen getroffen hat; denn jede Erschwerung der Vollstreckung aus Hypothekenurkunden hat vermieden werden sollen.

Zutreffend weist Will darauf hin, daß auch nach dem Rechte vor der Einführung des BGB. bei den nach § 739 ZPO. in Frage kommenden Güterständen, die ja keine Neuschöpfung des BGB., sondern lediglich eine Fortbildung vorhandener Rechtsformen sind, zur Vollstreckung in das eingebrachte Gut der Frau ein Vollstreckungstitel auch gegen den Mann erforderlich war, widrigenfalls er zur Widerspruchsklage aus § 690 ZPO. ä. F. legitimiert war (s. Gaupp, ZPO., 3. Aufl. Anm. 16 zu § 690). Materiellrechtlich bestand also insoweit ein wesentlicher Unterschied zwischen sonst und jetzt nicht: der Mann, dem nach früherem Rechte Verwaltung und Nutznießung zustand, war z. B. bei der Errungenschaftsgemeinschaft, wie jetzt, verpflichtet, voreheliche Schulden der Frau aus ihrem eingebrachten Gute zu befriedigen (vgl. Roth, bayr. ZR. 1. Teil, 2. Aufl. S. 510 und §§ 1525 II, 1411 BGB.). Nur die prozessuale Geltendmachung des Rechtes der Gläubiger der Frau hat durch § 739 ZPO. eine Neuerung und Erschwerung erfahren. Der Grundsatz, daß auch ein gegen den Mann als Gesamtschuldner ergangenes Leistungsurteil den gegen ihn für die Zwangsvollstreckung in das eingebrachte Gut der Frau erforderlichen Duldungstitel nicht zu ersetzen vermag, ist durch die neuen Vorschriften der ZPO. allerdings zum Ausdrucke gebracht, er kann aber, da für die Vollstreckung aus Hypothekenurkunden Ausnahmen zugelassen sind, nicht dazu verwendet werden, die Anwendbarkeit des § 739 ZPO. zu rechtfertigen. Die-

---

[1]) Nicht der Gerichtsstand der belegenen Sache (ZPO. § 24), sondern der allgem. Gerichtsstand (ZPO. § 12 ff.); OGH. IX 510, XII 579.

[2]) ZPO. § 3, OGH. XV 16; ZPO. § 9 findet nicht Anwendung, da die Baulast kein Recht auf periodisch wiederkehrende Leistungen ist, OGH. XV 16; die Bestimmungen des Gesetzes vom 28. Mai 1852 finden auf die Wertsberechnung keine Anwendung (OGH. XV 16).

[3]) ME. vom 19. Okt. 1850 Stoll S. 439; Baupflicht ist das Recht der Kirchenstiftung, von anderen die Erbauung und Erhaltung der Kultusgebäude zu verlangen: OGH. VI 573, VII 763 X 17.

[1]) Vgl. auch den Beschluß des Landgerichts München I in Nr. 4 dieses Jahrgangs der Zeitschrift S. 90.

selbe Erwägung spricht gegen die Annahme Will's, daß angesichts der zwingenden Vorschrift des § 739 ZPO. die Vollstreckung in das eingebrachte Gut ohne Beibringung des „Duldungstitels" im S. des § 739 oder einer Urkunde gemäß § 794 Abs. II ZPO. schlechterdings nicht begonnen werden dürfe. Ist doch auch die Vorschrift des § 794 Ziff. 5 ZPO., daß zur Vollstreckung aus den dort genannten Urkunden die Aufnahme der Unterwerfung unter die sofortige Zwangsvollstreckung erforderlich ist, eine schlechthin zwingende, die aber für Hypothekenurkunden eine Ausnahme erlitten hat. Da also nach dem früheren Rechte die Vollstreckung gegen beide Ehegatten gerichtet werden konnte, wenn nur ihre beiderseitige Verpflichtung sich aus der Urkunde ergab, so ist zu folgern, daß auch jetzt noch für Hypothekenurkunden in Ansehung der Hypotheken, die zu der Zeit bestehen, zu welcher das Grundbuch als angelegt anzusehen ist, ohne weiteres die Vollstreckung in das eingebrachte Gut der Frau zulässig ist, wenn nur aus der Urkunde der Anspruch gegen beide Ehegatten begründet ist.

Es ist erfreulich, daß sich das Oberste Landesgericht in einer an sich einer anderen Frage gewidmeten Entscheidung (Entsch. n. F. Bd. I S. 451) auf den oben vertretenen Standpunkt gestellt hat, und es wäre zu bedauern, wenn die Vollstreckungsgerichte in einer Frage, die nicht zu einer anderen Auslegung zwingt, die den Bedürfnissen des Verkehrs wie dem Zwecke der Ausnahmevorschriften des AG. z. ZPO. entsprechende Auslegung ablehnen und die Anwendung einer ohnehin nicht gerade glücklich zu nennenden Vorschrift, als die sich § 739 ZPO. nach den Erfahrungen der Praxis gezeigt hat, durchzusetzen suchen würden.

II. Staatsanwalt Habel in München.

Anmeldung des Anspruchs auf Ersatz des Wildschadens. Durch Art. 144 Ziff. V des AG. z. BGB. wurde in das bayerische Gesetz vom 15. Juni 1850, den Ersatz des Wildschadens betr., etwas Neues eingefügt: die Verpflichtung zur Anmeldung des Anspruches auf Ersatz des Wildschadens.

Die Verpflichtung obliegt dem Beschädigten (Verletzten nach § 835 BGB.), also dem Eigentümer, Pächter oder Nießbraucher des beschädigten Grundstückes.

Der Beschädigte hat anzumelden, daß er Ersatz des Wildschadens beanspruche, womit die Anzeige zu verbinden ist, welches Grundstück beschädigt ist und welche Tiere den Schaden zugefügt haben. Letzteres ist deshalb notwendig, weil nur der Wildschaden ersetzt wird, der von den im Gesetze genannten Tieren verursacht worden ist. Nicht erforderlich ist die Angabe, wie groß der angerichtete Schaden ist, ebensowenig bedarf es der Angabe, ob das Grundstück ganz oder nur zum Teil vom Wilde Schaden erlitten habe. Der Zweck des Gesetzes zielt nicht darauf ab, dem Schadensersatzpflichtigen möglichst bald Kenntnis von der Höhe des erhobenen Anspruches zu geben, sondern er soll durch die Anmeldung vor der Erhebung unbegründeter Ansprüche geschützt und in die Lage versetzt werden, gegebenen Falles den Gegenbeweis, daß der Schaden nicht vom Wilde herrühre, rechtzeitig vorzubereiten.

Die Anmeldung erfolgt bei der Ortspolizeibehörde, in deren Bezirk der Schaden entstanden ist. Wie die Anmeldung zu betätigen sei, ist im Gesetze nicht vorgeschrieben. Sie kann schriftlich oder mündlich gemacht werden, auch telegraphische oder telephonische Anmeldung kann keiner Beanstandung unterliegen.

Die Anmeldung muß binnen 6 Tagen geschehen, nachdem der Beschädigte von der Beschädigung Kenntnis erhalten hat. Hieraus folgt ein Doppeltes: 1. Es ist gleichgültig, wann tatsächlich der Wildschaden entstanden ist, wenn nur nicht Verjährung nach § 852 BGB. eingetreten ist. Der Lauf der Frist beginnt erst mit dem Tage, an welchem der Beschädigte Kenntnis erhält; dieser Tag wird bei der Berechnung der Frist nicht mitgerechnet. 2. Unterläßt der Beschädigte die Anmeldung, sei es, weil er den Schaden anfangs für zu klein gehalten hat, oder weil ihm die zwingende Vorschrift der Anmeldung nicht bekannt war, so geht sein Anspruch überhaupt verloren. Wird später nach Umfluß von 6 Tagen angemeldet, so steht dem Ersatzpflichtigen die von ihm zu beweisende Einrede zu, daß der Schaden vor mehr als 6 Tagen entstanden und damit die Ersatzpflicht beseitigt sei. Im Falle, daß der Wildschaden nicht auf einmal, sondern allmählich im Laufe längerer Zeit entstanden ist, wird durch die Anmeldung nur jener Schaden gedeckt, der nach der Anmeldung und während der Anmeldefrist sich gezeigt hat, nicht aber der vor dieser Frist entstandene.

Zur Wahrung der Frist genügt die Absendung der Anmeldung, gleichviel ob die Anmeldung zur Post gegeben oder einem eigenen Boten behufs Ueberbringung an die Ortspolizeibehörde übergeben oder sonstwie betätigt wird. Die Beweislast trifft den Anmeldenden. Der Ortspolizeibehörde obliegt die Amtspflicht, dem Ersatzpflichtigen von der Anmeldung sofort Kenntnis zu geben. Wer ersatzpflichtig ist, ergibt sich aus § 835 BGB. und Art. 3 des Wildschadensgesetzes. Die Mitteilung der Anmeldung setzt ihn in den Stand, für den Beweis der Art und Größe des Schadens zu sorgen. Er kann die Sicherung des Beweises nach § 485 ZPO. beantragen oder Sachverständige veranlassen, den Schaden zu besichtigen, damit sie, wenn es zum Streite kommt, Zeugnis geben können (Becher, Materialien II S. 461).

Zum Schlusse zwei praktische Fälle:

1. Ein Bauer entdeckte am 14. Juli, daß in seinem Gerstenfelde in der Nähe der vorüberführenden Eisenbahnlinie Wildschaden entstanden sei, und meldete den Schaden bei der Ortspolizeibehörde H. an. Am 16. Juli besichtigten der Bürgermeister und Gemeindediener den Teil des Gerstenfeldes, der an die Bahnstrecke angrenzt, fanden aber keinen Wildschaden. Hierauf ließ der Bauer den auf dem ganzen Gerstenfelde entstandenen Schaden am 20. Juli durch zwei Sachverständige abschätzen. Da die Gemeinde sich weigerte, den Schaden zu ersetzen, erfolgte Klagestellung. Nach Verurteilung der Gemeinde wurde Berufung eingelegt und diese u. a. damit begründet, daß der Bauer einen Schaden in seinem Gerstenacker nur auf der Seite der Bahnstrecke angemeldet habe, an dieser Stelle aber sei ein Schaden nicht entstanden; Flächen des Gerstenfeldes, bezüglich deren eine Schadensanmeldung nicht erfolgt sei, dürften nicht hereingezogen werden. Das Berufungsgericht erachtete diese Einwendung als unbehelflich, da nach dem Gesetze nur der Anspruch auf Ersatz des Wildschadens anzumelden sei; es genüge, daß das Grundstück, auf dem der Wildschaden entstanden sei, angegeben werde; es werde nicht verlangt, daß auch die Größe und der Umfang des Wildschadens oder

die Teilfläche eines Grundstückes, welches Schaden gelitten habe, näher bestimmt werde; die irrige Bezeichnung der beschädigten Teilfläche oder des Umfanges des Wildschadens schade dem Ersatzberechtigten nicht: die Frage, wie weit sich der wirkliche Schaden und der Anspruch auf Schadensersatz erstrecke, habe mit der Frage, inwieweit der Beschädigte von dem Schaden zur Zeit der Anmeldung Kenntnis gehabt und inwieweit er infolgedessen tatsächlich einen Schaden habe anmelden können, nichts zu tun.

2. Der Kläger verlangt von der Gemeinde P. Ersatz eines im Winter verursachten, aber erst im März wahrgenommenen Wildschadens; er hat den Schaden aber nicht bei der Ortspolizeibehörde, sondern unmittelbar bei dem Jagdberechtigten angemeldet. Dieser beauftragte einen Mann, sich zum Bürgermeister der Gemeinde P. zu begeben, um mit diesem den Schaden anzusehen. Die gegen das abweisende Urteil des Amtsgerichts eingelegte Berufung wurde vom Landgerichte zurückgewiesen, im wesentlichen aus folgenden Gründen:

Der Beschädigte muß nach gesetzlicher Vorschrift den Schaden bei der Ortspolizeibehörde anmelden. Dieser Bestimmung ist der Kläger nicht nachgekommen. Seine Mitteilung an den Jagdberechtigten kann die vorgeschriebene Anmeldung bei der zuständigen Ortspolizeibehörde auch dann nicht ersetzen, wenn letztere durch den Jagdberechtigten noch innerhalb der Anmeldefrist verständigt wird. Wenn der genau vorgeschriebene Weg zur Anmeldung des Ersatzanspruches nicht eingehalten wird, so hat dies unbedingt den Verlust des Anspruches zur Folge.[1])

Landgerichtsrat Ungewitter in Straubing.

Aus der Praxis der Gerichte.

Reichsgericht.

A. Zivilsachen.

I.

Zu BGB. 433, 326, 1399. Kauft die Frau ein Grundstück ohne eheherrliche nicht vorbehaltene Genehmigung, so ist der Vertrag gültig und muß von der Käuferin unter Beseitigung der ihrerseits entgegenstehenden Hindernisse erfüllt werden.

Gründe: Daß der von der Beklagten ohne Zustimmung des Vormundes ihres entmündigten Ehemannes mit der Klägerin geschlossene Kaufvertrag wirksam ist und von der Beklagten erfüllt werden muß, kann nach § 1399 BGB. keinem Zweifel unterliegen. (RGZ. 58, 36; Mot. z. BGB. IV, 228). Beklagte hat dies auch nicht mehr bestritten. Den Mangel der Zustimmung kann nur der Mann geltend machen, nicht aber die Frau oder der Dritte, mit dem die Frau das Rechtsgeschäft geschlossen hat. Daß der Kaufvertrag von den Parteien nicht mit dem Willen geschlossen ist, seine Wirksamkeit von der Genehmigung des Vormunds des Ehemannes der Klägerin abhängig zu machen, hat das BerG. unanfechtbar durch Auslegung des Vertrages festgestellt. Die Ansicht der Beklagten, daß Klägerin auch die auf beklagter Seite bestehenden Vollzugshindernisse beseitigen müsse, beruht auf einer völligen Verkehrung der Pflichten. Hat der Verkäufer getan, was von seiner Seite erforderlich und genügend ist, dem Käufer das Eigentum des Grundstückes zu verschaffen, so hat er weiteres nicht zu leisten. Stellen sich auf seiten des Käufers der Uebernahme des Eigentums Hindernisse entgegen, so hat er sie zu beseitigen. Klägerin kann und will der Beklagten das Grundstück auflassen, auf ihrer Seite liegt kein Hindernis vor; wohl aber findet der Grundbuchrichter (mit Unrecht) auf seite der Beklagten einen Umstand (die Nichtgenehmigung des Vormunds des Mannes), der ihrer wirksamen Annahmeerklärung der Auflassung entgegenstehe, und lehnt deshalb die Aufnahme der Auflassung überhaupt ab. Pflicht der Beklagten ist, die Auflassung ihrerseits zu ermöglichen und, sofern es notwendig, im Wege der Beschwerde die Ansicht des Grundbuchrichters berichtigen zu lassen. Solange die Beklagte das Hindernis nicht beseitigt, das auf ihrer Seite der Auflassung entgegensteht, kann wohl sie im Verzuge mit der Auflassung sein, nicht aber die Klägerin. Zur Anwendung des § 326 BGB. fehlt für die Beklagte die Voraussetzung des Verzugs auf seiten der Klägerin. (Urt. d. V. ZS. vom 2. Januar 1907, V 203/06). — — r.

778

II.

Zu § 399 BGB. Auch Ansprüche aus zweiseitigen Rechtsgeschäften sind übertragbar, z. B. Ansprüche aus einem Vertrage über die Abtretung einer Hypothekforderung, in dem der Zedent die Haftung für die Einbringlichkeit der Hypothek übernahm und der Zessionar versprach, sie bestmöglich zu verwerten.

Aus Tatbestand und Gründen: Der Beklagte B. übertrug unter Haftung für Güte bis zu 7500 Mk. zwei Hypotheken von zusammen 15 000 Mk. an die Konkursmasse N. „zur bestmöglichen Verwertung". Der Konkursverwalter trat am 28. Februar 1905 die Hypotheken mit allen Rechten und Pflichten an Kläger C. für 6000 Mk., und dieser sie an D. für 1000 Mk. ab. C. verlangte darauf 6500 Mk. Ersatz von B., wurde aber in zwei Instanzen wegen Unübertragbarkeit des Rechtsverhältnisses abgewiesen. Das RG. hob jedoch auf und verwies die Sache zurück mit folgender Begründung: Mit Recht macht die Revision geltend, daß die Bemühungen des Konkursverwalters und deren negativer Erfolg unter Beweis gestellt sind und daß die Lage des Beklagten nicht dadurch schlechter wird, daß der Konkursverwalter durch die allgemeine Uebertragung der Vertragsrechte die Aufwendung von Bemühungen auch noch dem Kläger auferlegt hat. Ob dieser wirklich mit der nötigen Sorgfalt vorgegangen ist und einen bessern Erfolg nicht hat erzielen können, ist eine andere Frage, die bisher in der Berufungsinstanz nicht erörtert worden ist. Daß die Uebertragung der Rechte aus zweiseitigen Verträgen zulässig ist, unterliegt keinem Zweifel (Mot. zu § 295 des I. Entw. z. BGB. Bd. II S. 121 ROHG. 12, 77; RGZ. 6, 379; 13, 12) und wird auch von dem BerR. nicht bezweifelt. Zu diesen Rechten aber gehört auch das Garantieversprechen des Beklagten (RGZ. 60, 369; 39, 250; Gruchot 49, 206), sodaß der Kläger auch

[1]) Anm. des Herausgebers: Wir können der Auffassung des Urteils nicht beitreten. Es zeigt eine ähnliche Neigung zum Formalismus, wie das auf S. 81 dieses Jahrgangs von Rechtsanwalt Wertheimer besprochene. Tatsächlich war in dem der Entscheidung unterstehenden Falle die Ortspolizeibehörde von der Entstehung eines Schadens unterrichtet worden, die Anzeige war auch vom Beschädigten ausgegangen und hatte nur einen Umweg gemacht. Dem Zwecke, den das Gesetz verfolgte, als es die Anzeige vorschrieb, war damit genügt. Gleichwohl soll der Beschädigte seines Anspruchs verlustig gehen. Dem Laien muß das unverständlich bleiben. Warum soll der Beschädigte dafür bestraft werden, daß er seine Anzeige sozusagen falsch adressiert hat, wenn das Versehen ohne Einfluß geblieben ist?

wegen des Ausfalls, der ihm entstanden, gegen den Beklagten Rückgriff zu nehmen in der Lage ist. Zu den abgetretenen Rechten gehören sodann zweifellos auch die Hypotheken, da die Valuta von 6000 Mk. doch nur für diese Hypotheken gezahlt sein kann. Es kann daher nicht in Zweifel gezogen werden, daß die Uebertragung vom 28. Februar 1905 in der Tat eine „Verwertung" der Hypotheken, wie sie auch der Ver.R. für zulässig erachtet, enthalten hat und daß der Uebertragungsvertrag vom 28. Februar 1905, der nach keiner Richtung eine Veränderung des Inhalts der Leistung zu Folge hat, durchaus rechtsbeständig ist. Die Klage ist danach an sich begründet. Da indessen noch Ermittelungen über die Unmöglichkeit der Erzielung eines besseren Erfolges erforderlich sind, so war die Sache, wie geschehen, in die Berufungsinstanz zurückzuverweisen. (Urt. d. V. ZS. v. 19. Dez. 1906, V 167/06). — — — r.

777

III.

Zu § 836 BGB. Verteilung der Beweislast. Aus den Gründen: Das BerG. hat im Eingange der Begründung angeführt, eine Mangelhaftigkeit der Unterhaltung des Gebäudes könne darin gefunden werden, daß ein Stück Putz lose gewesen und der Fehler nicht rechtzeitig beseitigt worden sei, es treffe aber die Beklagten kein Verschulden. Am Schlusse der Begründung ist gesagt, die Kläger hätten den Beweis nicht geführt, daß die Ablösung des Stückes Putz Folge mangelhafter Unterhaltung des Gebäudes gewesen sei. Das BerG. scheint demnach angenommen zu haben, der Beschädigte habe nicht allein nachzuweisen, daß die Ablösung Folge objektiv mangelhafter Unterhaltung sei, sondern auch, daß den Grundstücksbesitzer hinsichtlich der mangelhaften Unterhaltung ein Verschulden treffe. § 836 regelt aber die Beweislast anders. Wohl liegt ihm das Prinzip der Verschuldung zugrunde; die bloße Tatsache, daß jemand ein Bauwerk hält, genügt nicht, ihn für Schaden haftbar zu machen, auch ist ein objektiver Mangel des Werks dem Besitzer, der ihn nicht gekannt hat und bei Anwendung der erforderlichen Sorgfalt nicht hat erkennen können, nicht zuzurechnen. Aber in Ansehung des Verschuldens ist die Beweislast abweichend von den allgemeinen Grundsätzen geregelt, und zwar so, daß der Besitzer des Grundstücks haftet, wenn er nicht die Beobachtung der erforderlichen Sorgfalt nachweist (vgl. KommProt. 2 S. 655). Nach § 836 Abs. 1 Satz 1 ist Voraussetzung der Ersatzpflicht, daß der Einsturz oder die Ablösung Folge fehlerhafter Errichtung oder mangelhafter Unterhaltung ist. Darauf, ob diese Mängel von jemandem verschuldet sind, kommt es nicht an; der Beschädigte hat nur nachzuweisen, daß Einsturz oder Ablösung die Folge einer objektiv mangelhaften Errichtung oder objektiv mangelhaften Unterhaltung des Gebäudes ist. Ist dieser Beweis erbracht, so ist es Sache des Besitzers, darzutun, daß er zum Zwecke der Abwendung der Gefahr die im Verkehr erforderliche Sorgfalt beobachtet hat (§ 836 Abs. 1 Satz 2). (Urt. des IV. ZS. vom 22. Nov. 1906). — — n.

775

B. Strafsachen.

I.

Wann ist die Unterzeichnung eines Vertrages mit falschem Namen Urkundenfälschung? (§§ 267 StGB.). Die Angeklagte hat bei der Unterzeichnung der Verträge mit K. und H. sich des Familiennamens ihres Geliebten R. bedient, also die Urkunden mit der Unterschrift „B. R." statt „B. W." versehen. Die so unterzeichneten Urkunden hat sie dem K. und H. übergeben. Die Angeklagte hat vorgebracht, daß sie nicht über die Identität ihrer Person, sondern über ihren Familienstand habe täuschen wollen. Die Strafkammer hat Urkundenfälschung (§ 267 StGB.) für gegeben erachtet, weil „es nicht erforderlich sei, daß gerade über das in der Urkunde verbriefte Rechtsverhältnis getäuscht werde; es genüge vielmehr, daß über den Inhalt der Urkunde als einer Gedankenäußerung getäuscht werde; diesen Erfolg habe die Angeklagte herbeigeführt"; denn sie habe den K. und H. „zu dem Glauben veranlaßt, daß die Erklärungen von der B. R., der Ehefrau des R., nicht von der B. W., einer Konkubine, herrührten". Danach hat die Strafkammer angenommen, daß die Angeklagte von den Urkunden zu dem Zwecke Gebrauch gemacht habe, um über das „Rechtsverhältnis" des Bestehens einer Ehe zwischen ihr und R. zu täuschen. Ob die Angeklagte zugleich auch über die Identität ihrer Person täuschen wollte, darüber spricht sich das Urteil nicht aus. Auf dieser Grundlage kann eine Verurteilung nicht erfolgen. Das Wesen der Urkundenfälschung im Sinne des § 267 StGB. besteht in dem Mißbrauche der Beweiskraft der Urkunde durch Herstellung einer falschen Beglaubigungsform. Durch die fälschliche Anfertigung wird einer Urkunde der Schein verliehen, als sei sie von einer anderen Person als derjenigen ausgestellt, welche sie wirklich ausgestellt hat, und durch die Verfälschung wird der Schein erweckt, als sei die Urkunde in ihrer gegenwärtigen Form durch den Urheber hergestellt. Auf den falschen urkundlichen Schein muß sich der Mißbrauch der Urkunde und die damit bezweckte Täuschung gründen; es muß von der Urkunde Gebrauch gemacht werden, um über ihre Echtheit und ihre Eigenschaft als Beweismittel zu täuschen (RG. Bd. 33 S. 137; Bd. 5 S. 437, 440). Hier müßte also, wenn Urkundenfälschung gegeben sein sollte, die Urkunde gebraucht worden sein, um darüber zu täuschen, daß die Ausstellerin der Urkunde nicht die B. W., geb. R., sondern eine andere Person sei, nämlich die mit der B. W. nicht identische und überhaupt nicht existierende Ehefrau des G. R. Urkundenfälschung würde dagegen nicht vorliegen, wenn eine Täuschung nicht über die Identität der Ausstellerin bezweckt gewesen wäre, sondern ausschließlich über deren Familienstand. Dann würde es sich nur um eine Täuschung durch den unwahren Inhalt einer — wenigstens subjektiv — echten Urkunde handeln, nicht aber um eine Täuschung durch eine fälschlich angefertigte unechte Urkunde (vgl. RG. Bd 30 S. 43). Dies hat die Strafkammer verkannt, indem sie auf die Täuschung über die Eigenschaft der Ausstellerin als Ehefrau oder Konkubine das allein entscheidende Gewicht gelegt hat. Nicht minder hat sie aber auch den vom Reichsgericht anerkannten Satz mißverstanden, daß die Täuschung nicht dasjenige Recht oder Rechtsverhältnis betreffen muß, dessen Beglaubigung die ursprüngliche Bestimmung der Urkunde war, indem sie den in seiner Tragweite nicht recht verständlichen Satz aufstellt, es genüge, daß über den Inhalt der Urkunde als einer Gedankenäußerung getäuscht wird. Mit jenem Satze hat gesagt werden wollen, der Gebrauch der falschen Urkunde zum Zwecke der Täuschung erfordere nur, daß die Täuschung hinsichtlich irgend welcher rechtserheblicher Tatsachen bezweckt werde, die durch die Urkunde im Falle ihrer Echtheit würden erwiesen werden. (RG. Bd. 19 S. 113, Bd. 26 S. 383). (Urt. des 5. StrS. v. 5. Dez. 1906).

786 Mitgeteilt von Staatsanwalt Dr. Haberstumpf in München.

II.

Angabe der den Mangel enthaltenden Tatsachen (§ 384 Abs. 2 StPO.). Ablehnung von Beweisanträgen eines Mitangeklagten (§ 243 StPO.). Die allgemeine Beschwerde, daß die sämtlichen, von der Verteidigung für den Angeklagten M. gestellten Beweisanträge zu Unrecht abgelehnt wurden, entspricht nicht der Vorschrift des § 384 Abs. 2 Satz 2 StPO. Es war Sache der Revision, von den vielen, im Laufe einer dreitägigen Verhandlung gestellten Anträgen diejenigen näher zu bezeichnen, welche sie im Auge hat, zumal es sich um zwei Angeklagte

handelt, von denen jeder einen andern Verteidiger hatte, so daß von einer „Verteidigung" im allgemeinen keine Rede sein kann. Durch die Ablehnung derjenigen Anträge, welche in der Revisionsschrift einzeln aufgeführt sind, ist aber der Angeklagte M. nicht beschwert, da sie nicht von ihm, sondern von dem Verteidiger des Mitangeklagten R. gestellt wurden, der Angeklagte M. sich ihnen nicht anschloß und nach ihrem Wortlaute nicht anzunehmen ist, daß sie auch für ihn gestellt wurden (Urt. des V. StS. vom 13. November 1906. 5 D 631/06).

744 ———e—

III.

Diebstahl oder Unterschlagung? (§§ 242, 246 StGB.). Nach den Feststellungen des Erstrichters hatte der Angeklagte den seinem Dienstherrn gehörenden Kies vom Güterbahnhofe „nach bestimmten Stellen" zu fahren und drei Fuhren ohne Wissen seines Dienstherrn zu dem Bauunternehmer Sch. verbracht und an diesen zu seinem Vorteile verkauft. Der Erstrichter verurteilte den Angeklagten wegen Diebstahls, indem er davon ausging, die drei Fuhren Kies seien in seinem und seines Dienstherrn Mitgewahrsam gestanden. Diese Anschauung würde nicht zu beanstanden sein (vgl. Entsch. d. RG. Bd. 5 S. 42), wenn die Annahme des Mitgewahrsams des Dienstherrn rechtlich bedenkenfrei begründet wäre. Zur Begründung wird angeführt, daß der Angeklagte den Kies auf den dem Dienstherrn gehörenden Wagen beförderte und jederzeit dessen Weisungen folgen mußte. Inwiefern ersterer Umstand für die Frage des Gewahrsams von Bedeutung sein soll, ist nicht abzusehen; die Anführung des an § 855 BGB. anklingenden zweiten Grundes gibt dem Verdachte Raum, daß der Erstrichter bei der Beurteilung der Frage des Gewahrsams von dem zivilrechtlichen Begriffe des Besitzes beeinflußt war. Dies wäre irrig. Der Gewahrsam im strafrechtlichen Sinne ist vor allem ein tatsächliches Verhältnis, das der tatsächlichen Herrschaft über die Sache (Entsch d. RG. Bd. 23 S. 71, Bd. 30 S. 88, Bd. 37 S. 198). Ob der Dienstherr aber diese tatsächliche Herrschaft über die Fuhren Kies, die allein seinen Mitgewahrsam begründen könnte, in der Tat besessen hat, ist weder aus jenem zweiten Grunde noch sonst aus dem Urteile zu ersehen. Ob die örtliche Lage der „Stellen", an die der Kies zu verbringen war, deren räumliche Entfernung von dem Aufenthaltsorte des Dienstherrn diesem die Ausübung einer tatsächlichen Gewalt über die auf der Fahrt dorthin befindlichen Kiesfuhren gestattete und ob diese Gewaltausübung insbesondere auch in den drei Fällen ermöglicht war, in denen der Angeklagte ohne Weisung seines Dienstherrn die Fuhren zu Sch., also an eine Stelle verbrachte, von der der Dienstherr nichts wußte, geht aus dem Urteile nicht hervor. Diese Gesichtspunkte werden bei der erneuten Würdigung der Sache zu beachten und demnach wird zu prüfen sein, ob sich nur der Angeklagte (vgl. Entsch. d. RG. Bd. 5 S. 218) oder auch der Dienstherr in einem derartigen räumlichen Verhältnisse zu den Kiesfuhren befand, daß eine tatsächliche Herrschaftsausübung im Sinne des strafrechtlichen Gewahrsams ermöglicht war (Urt. d. V. StS. v. 20. November 1906. 5 D 607/06).

743 ———e—

Oberstes Landesgericht.

A. Zivilsachen.

I.

Notwendigkeit vorgängiger Eintragung des Berechtigten in das Grundbuch, wenn er das Recht, von dem die einzutragende Rechtsänderung betroffen wird, ohne Eintragung erworben hatte. Anwendung auf den Fall einer Verfügung der in allgemeiner Gütergemeinschaft lebenden Ehegatten in Ansehung eines Grundstücks, das auf den Namen des Mannes als Eigentümers eingetragen ist (GBO. §§ 40, 41; BGB. § 1445). Mit notarieller Urkunde übergaben die Eheleute Sebastian und Th. E. in R. ihr Anwesen und einige Grundstücke, darunter Pl.-Nr. 994 1/6 ihrem Sohne Fr. E. Pl. Nr. 994 1/6 ist im Grundbuch auf Sebastian E. als Alleineigentümer eingetragen, bei den übrigen Grundstücken sind die Eheleute E. eingetragen. In der Urkunde erklärten sie, daß sie „nach ihrer Ansicht" in allgemeiner Gütergemeinschaft leben, um aber „ihr Güterrechtsverhältnis noch sicherer festzulegen und da sie auch die Abschrift ihres Ehevertrags nicht mehr besitzen", vereinbarten sie allgemeine Gütergemeinschaft nach den Vorschriften des BGB. Am Schlusse erklärten sie die Auflassung aller Grundstücke an ihren Sohn; dieser erklärte die Annahme und beantragte die Eintragung. Das Amtsgericht lehnte für Pl. Nr. 994 1/6 die Eintragung des Eigentumsüberganges ab, weil vorerst das Grundbuch durch Eintragung des Gemeinschaftsverhältnisses der Eheleute E. berichtigt werden müsse, die Berichtigung aber nicht beantragt sei. Die Beschwerde des Sebastian E. wurde zurückgewiesen. Auch seine weitere Beschwerde blieb ohne Erfolg.

Aus den Gründen: Das BGB. hat nicht, wie der Entwurf I im § 828 Abs. 1 vorgeschlagen hatte, die Wirksamkeit einer Verfügung, die der Eintragung in das Grundbuch bedarf, davon abhängig gemacht, daß derjenige, über dessen Recht verfügt wird, als der Berechtigte eingetragen ist; um den Zusammenhang der Aenderungen, deren Gegenstand ein eingetragenes Recht ist, im Grundbuch ersichtlich zu machen, hat aber die GBO. im § 40 Abs. 1 die Ordnungsvorschrift getroffen, daß eine Eintragung nur erfolgen soll, wenn derjenige als der Berechtigte eingetragen ist, dessen Recht durch sie betroffen wird. Es muß also, wenn er das Recht ohne Eintragung erworben hat, das Grundbuch erst durch seine Eintragung berichtigt werden, bevor eine Rechtsänderung eingetragen wird, die das ohne Eintragung erworbene Recht betrifft. Besteht die Rechtsänderung in der Uebertragung oder Aufhebung des erworbenen Rechtes, so erschöpft sich die Bedeutung der im Wege der Berichtigung des Grundbuchs erfolgenden Eintragung des bisherigen Berechtigten als Grundlage einer neuen Eintragung allerdings mit der Eintragung der Uebertragung oder Aufhebung des Rechtes. Die GBO. hat aber die vorherige Eintragung des sein Recht übertragenden oder aufhebenden Berechtigten nicht deswegen für zwecklos erachtet sondern sie, abgesehen von der im § 40 Abs. 2 für den Fall der Erteilung eines Briefes über eine Hypothek, eine Grundschuld oder eine Rentenschuld getroffenen Sondervorschrift, nur für die Uebertragung oder Aufhebung eines zu einem Nachlasse gehörenden Rechtes im § 41 erlassen. Die Folgerung, die die Beschwerde aus der vermeintlichen Zwecklosigkeit der Eintragung des bisher Berechtigten ziehen will, geht daher fehl. Durch die allgemeine Gütergemeinschaft hat die Ehefrau E. einen Anteil an Pl. Nr. 994 1/6 erlangt, ihr Anteilsrecht wird durch die Uebertragung des Eigentums an dem Grundstück auf den Sohn betroffen, der Uebergang des Eigentums darf deshalb, auch wenn die Mitwirkung der Ehefrau bei der Auflassung nur als Zustimmung zu der von dem Manne abgegebenen Auflassungserklärung angesehen wird, erst eingetragen werden, wenn das Grundbuch durch Eintragung des Anteilsrechts der Frau berichtigt ist. Die Anwendbarkeit des § 40 Abs. 1 auf die nach § 1445 BGB. erfolgende Verfügung über ein zum Gesamtgute gehörendes Grundstück ist allgemein anerkannt. Wortlaut und Entstehungsgeschichte der Vorschrift lassen keine andere Auslegung zu. (Beschluß vom 7. Januar 1907, [1. ZS.] Reg. III Nr. 89/06). K.

784

II.

Die Pflicht zur Anmeldung einer Aktiengesellschaft zur Eintragung in das Handelsregister ist eine persönliche der Vorstandsmitglieder, nicht der Gesellschaft als solcher. Deshalb kein Beschwerderecht der Gesellschaft gegen Verfügungen des Registergerichts im Ordnungsstrafverfahren. (HGB. §§ 195, 201. FGG. §§ 132 ff.). Unter der Firma „The P..... Water Company Limited", besteht eine englische Aktiengesellschaft mit dem Sitze in London, deren Unternehmen den Erwerb und Betrieb der Wasserleitung für die Stadt P. und die Wasserversorgung anderer Städte Bayerns zum Gegenstande hat. Die Gesellschaft hat die Wasserversorgung der Stadt P. übernommen und läßt sie durch den Direktor der dortigen Wasserwerke A. W. als ihren „Repräsentanten und Geschäftsführer" betreiben. Der Geschäftsführer ist zu allen Handlungen ermächtigt, die mit dem Unternehmen in Verbindung stehen, und soll auch befugt sein, die Gesellschaft zur Eintragung in das Handelsregister anzumelden. Das Amtsgericht P. als Registergericht gab dem A. W. als Direktor der Zweigniederlassung der Aktiengesellschaft in P. unter Androhung einer Ordnungsstrafe auf, innerhalb vier Wochen der Verpflichtung zur Anmeldung der Gesellschaft nachzukommen oder die Unterlassung durch Einspruch zu rechtfertigen. W. erhob rechtzeitig Einspruch, der damit begründet wurde, daß das Unternehmen in P. das einzige Wasserversorgungsgeschäft der Gesellschaft sei, in London ein solcher Geschäftsbetrieb nicht stattfinde, die Niederlassung in P. also das Hauptgeschäft, nicht eine Zweigniederlassung sei, für die inländische Hauptniederlassung einer ausländischen Aktiengesellschaft aber keine Anmeldungspflicht bestehe. Das Registergericht hat den Einspruch verworfen, die Ordnungsstrafe festgesetzt und neue Aufforderung zur Anmeldung erlassen. Gegen die Verwerfung des Einspruchs und die Festsetzung der Ordnungsstrafe hat Rechtsanwalt T. „namens der Aktiengesellschaft, vertreten durch A. W., Direktor in P.", sofortige Beschwerde eingelegt. Das Landgericht hat die Beschwerde als unbegründet zurückgewiesen. Die weitere Beschwerde der Aktiengesellschaft wurde ebenfalls verworfen.

Gründe: Nach § 201 Abs. 1 HGB. ist die Anmeldung einer inländischen oder ausländischen Aktiengesellschaft zur Eintragung in das Handelsregister des Gerichts, in dessen Bezirke sie eine Zweigniederlassung besitzt, durch sämtliche Mitglieder des Vorstands zu bewirken. Die Anmeldungspflicht ist nicht eine durch den Vorstand als solchen zu erfüllende Verpflichtung der Gesellschaft, sondern eine persönliche Verpflichtung der einzelnen Vorstandsmitglieder. Das Ordnungsstrafverfahren zur Herbeiführung der Anmeldung richtet sich deshalb nicht gegen die Gesellschaft oder den Vorstand als solchen, sondern gegen die verpflichteten Personen; nur diese sind Beteiligte im Sinne des § 132 FGG. Demgemäß hat das Registergericht seine Verfügungen nicht an die Aktiengesellschaft oder ihren Vorstand, sondern an den Direktor W. persönlich gerichtet, den es als Vertreter der Gesellschaft zur Anmeldung berechtigt und verpflichtet erachtete und er hat gegen die an ihn gerichtete Verfügung Einspruch erhoben. Die Verwerfung seines Einspruchs und die Festsetzung einer Ordnungsstrafe gegen ihn konnte nur von ihm, nicht von der Aktiengesellschaft angefochten werden. Das Interesse, das die Gesellschaft daran hat, daß nicht durch Erzwingung der Anmeldung eine nach ihrer Ansicht nicht vorgeschriebene Eintragung herbeigeführt wird, berechtigt sie nicht, in das Verfahren einzutreten, eine Nebenintervention gibt es in dem Ordnungsstrafverfahren nach §§ 132 bis 139 FGG. nicht. Die Aktiengesellschaft ist zwar zu der weiteren Beschwerde berechtigt, mit der sie die Zurückweisung der von ihr gegen die Entscheidung des Registergerichts eingelegten Beschwerde anficht, die weitere Beschwerde ist aber nicht begründet, weil die Gesellschaft zur Anfechtung der Entscheidung des Registergerichts nicht befugt war und deshalb dadurch nicht beschwert ist, daß das Beschwerdegericht ihre Beschwerde als unbegründet zurückgewiesen hat, die es hätte als unzulässig verwerfen sollen. (Beschl. vom 17. Sept. 1906 [I. ZS.] Reg. III Nr. 61, 1906).

725 K.

III.

Die Aufhebung der Zwangserziehung ist zulässig, wenn von der Fortsetzung kein Erfolg mehr zu erwarten ist. Die Aufhebung ist jedoch zu unterlassen, wenn zwar keine Besserung des Minderjährigen in Aussicht steht, jedoch sein völliges sittliches Verderben durch die Zwangserziehung noch verhütet werden kann. Aus den Gründen: Die Zwangserziehung ist nach Art. 6 Abs. 1 des Ges. vom 10. Mai 1902 wegen Wegfalls der Voraussetzungen auch dann aufzuheben, wenn sich herausgestellt hat, daß sie keinen Erfolg haben kann. Sie kann nach Art. 1 unter den dort bestimmten Voraussetzungen angeordnet werden, wenn sie erforderlich ist, um die Verwahrlosung des Minderjährigen zu verhüten (Ziff. 1), wenn seiner sittlichen Verwahrlosung nur durch sie vorgebeugt werden kann (Ziff. 2) oder wenn sie zur Verhütung seines völligen sittlichen Verderbens notwendig ist (Ziff. 3). Sie muß also das Mittel sein, von dem noch Abwendung des drohenden Unheils zu erwarten ist. Steht außer Zweifel, daß sie diesen Zweck nicht erreichen kann, so fehlt es an der Voraussetzung, daß sie zur Verhütung der Verwahrlosung oder des völligen sittlichen Verderbens des Minderjährigen erforderlich ist. Wie in solchem Falle die Anordnung der Zwangserziehung zu unterlassen ist (von der Pfordten, Zwangserziehungsgesetz S. 33 Anm. 7), so ist die Zwangserziehung aufzuheben, wenn sich ergeben hat, daß das Unheil, das sie verhüten sollte, auch durch sie nicht abgewendet werden kann, ihre Fortdauer also zwecklos sein würde. Aus § 45 der AusfVorschr. kann nicht das Gegenteil entnommen werden. Dort sind als Aufhebungsgründe Erreichung des Erziehungszwecks und anderweitige Sicherung der Erreichung des Zwecks angeführt, die tatsächlich nahezu allein in Betracht kommen; damit ist aber die Aufhebung wegen feststehender Unmöglichkeit der Erreichung des Zwecks der Maßregel nicht ausgeschlossen. Hier hat aber das Beschwerdegericht nicht festgestellt, daß die Zwangserziehung keinen Erfolg mehr haben kann, sondern es glaubt von ihr zwar nicht Besserung des Knaben aber doch wenigstens den Erfolg hoffen zu dürfen, daß sie sein völliges sittliches Verderben verhütet, indem sie dem Fortschreiten der sittlichen Verwahrlosung Einhalt tut. Eine Verletzung des Gesetzes liegt hierin nicht (Beschl. des I. ZS. vom 28. Dezember 1906).

764 — — — n.

IV.

Rechtliche Bedeutung der Eintragung des Adelstitels in der Adelsmatrikel. Umfang der dem Fideikommißgericht obliegenden Verpflichtung zur Offizialtätigkeit. Aus den Gründen: 1. Nach § 8 der Beil. V zu Tit. V § 4 der VU. kann zwar ein bayerischer Untertan nur dann die dem Adel zustehenden Rechte ausüben, wenn sein Adelstitel in der Adelsmatrikel eingetragen ist. Irrig aber ist es, aus dieser Vorschrift den Schluß zu ziehen, daß, solange der Eintrag besteht, der Adel nicht verloren wird. Weder die Erwerbung des Adels noch dessen Verlust ist von dem Bestehen eines Eintrags in der Adelsmatrikel abhängig; durch die Eintragung bedingt ist nur die Ausübung der Rechte des Adels. Hat eine adelige Person nach dem Gesetz den Adel verloren, ist sie aber gleichwohl in der Adelsmatrikel noch eingetragen,

so ist die Matrikel in Ansehung dieser Person eben unrichtig geworden; ihre Berichtigung kann jederzeit auf Antrag oder von Amts wegen erfolgen (§§ 1, 17 ff. a. a. O.).

2. Nach Art. 129 AG. z. BGB. gelten die Vorschriften der §§ 2 bis 27 FGG., soweit nicht ein anderes vorgeschrieben ist, auch für die Angelegenheiten der freiw. Gerichtsb., für welche die landesgesetzlichen Vorschriften maßgebend sind. Zu den Angelegenheiten dieser Art gehören die Fideikommißsachen im Sinne der Beil. VII zur VU. (AG. z. GVG. Art. 36 Ziff. 1). Nach § 12 FGG. hat das Gericht von Amts wegen die zur Feststellung der Tatsachen erforderlichen Ermittelungen zu veranstalten und die geeignet erscheinenden Beweise aufzunehmen. Nach § 11 der VO. vom 3. März 1857, die Instr. über die Behandlung der Familienfideikommisse betreffend, vertritt die Fideikommißmatrikel, deren Führung nach § 14 FidE. dem Oberlandesgericht obliegt, in Ansehung der zu einem Fideikommisse gehörenden unbeweglichen Güter die Stelle des Hypothekenbuchs. Die Förmlichkeiten und das Verfahren bezüglich der Führung der Matrikel und der damit in Verbindung stehenden Geschäfte richten sich im allgemeinen nach den für das Hypothekenwesen bestehenden Vorschriften, soweit nicht ein anderes gesetzlich bestimmt ist. Nach dem hiernach noch anwendbaren § 105 HypG. muß das Hypothekenamt jedes bei ihm angebrachte Gesuch sorgfältig prüfen, ganz unstatthafte Gesuche sogleich abweisen, bei entdeckten Mängeln aber, die noch gehoben werden können, dem Anmeldenden eröffnen, was er noch beizubringen habe. War das Oberlandesgericht der Ansicht, daß die Legitimation des sein Nachfolgerecht anmeldenden Antragstellers nicht genügend dargetan sei, dann mußte es eine Verfügung des Inhalts erlassen, daß er seine Eigenschaft als nächster, an die Stelle der weggefallenen Berechtigten getretener Agnat, sei es durch Vorlegung von Urkunden (Stammbaum, Auszug aus der Adelsmatrikel oder dergleichen), sei es auf andere Art, nachzuweisen habe. Der Entfaltung einer „Offizialtätigkeit" in dieser Richtung und einer Entscheidung auf Grund der ihm schon vorliegenden und vom Antragsteller etwa noch beizubringenden Behelfe durfte es sich um so weniger entschlagen, als durch eine solche Entscheidung im Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit dem Urteile des Prozeßgerichts in einem Rechtsstreite nicht vorgegriffen werden könnte, den etwa ein Dritter zum Zwecke der Feststellung seines besseren Rechtes oder wegen des Nichtbestehens des im fideikommißgerichtlichen Verfahren von dem legitimierten Beteiligten geltend gemachten Rechtsverhältnisses gegen diesen anhängig macht (FidE. § 15, BayZfR. 1905 S. 494, Nachschrift a. E.). (Beschl. des II. ZS. vom 31. Dezember 1906). ——— D.

765

B. Strafsachen.

I.

Verpflichtung des Alteisenhändlers zur Führung des in Ziff. 1 der Bek. des StM. des Innern, Abt. f. Landwirtschaft, Gewerbe und Handel vom 16. Februar 1878, betr. das Geschäft der Trödler, angeordneten Geschäftsbuches. Verschulden? Der Angeklagte betreibt den Alteisenhandel, indem er altes Eisen jeder Art von Kleinhändlern, Kindern, Sammlern und Fabrikbesitzern im Kleinen kauft und im Großen weiterveräußert. Sein Geschäft erstreckt sich auch auf den An- und Verkauf von Lumpen. Er hat bisher das im Titel bezeichnete Geschäftsbuch nicht geführt, weil er kein Trödler sei, weder im Sinne der landläufigen Anschauung, noch in dem der GewO. oder der MBek.; auch Kleinhändler mit altem Metallgerät, mit Metallbruch sei er nicht. Das Revisionsgericht hielt seine Einwendungen für unbegründet.

Aus den Gründen: Nach § 148 Abs. 1 Ziff. 4a GewO. wird bestraft, wer den auf Grund des § 38 erlassenen Vorschriften zuwiderhandelt. § 38 Abs. 4 GewO. überläßt es den Zentralbehörden, falls für die in § 35 bezeichneten Gewerbetreibenden nicht schon auf Grund einer anderen Vorschrift die Pflicht zur Bücherführung besteht, vorzuschreiben, ob sie Bücher zu führen haben, vorausgesetzt, daß zugleich Bestimmungen über die Art der Bücherführung erlassen werden. In § 35 Abs. 2 ist u. a. der Trödelhandel genannt; er wird als Handel mit gebrauchten Kleidern, gebrauchten Betten oder gebrauchter Wäsche, als Kleinhandel mit altem Metallgerät u. dgl. bezeichnet. Unter den Kleinhandel mit altem Metallgerät fällt auch der mit altem Eisen. Mit Rücksicht auf die durch die Nov. von 1883 in den § 35 Abs. 2 eingefügten Worte „oder dergleichen" ist auch der Kleinhandel mit Lumpen unter dem Trödelhandel zu begreifen. Für den Begriff „Kleinhandel" ist entscheidend, ob der Einkauf im Kleinen erfolgt; es ist belanglos, ob der Absatz etwa nur im Großen geschieht.

Auf Grund des § 38 GewO. ist die Bek. vom 16. Februar 1878, betr. das Geschäft der Trödler, erlassen. Sie trägt sicherheits- und gesundheitspolizeilichen Gesichtspunkten Rechnung. Wie die Bezugnahme auf § 38 ersehen läßt, gibt die Bek. für die Trödler im Sinne der GewO. Maß; ihre Rechtsgültigkeit unterliegt keiner Beanstandung. In Ziff. 1 ist bestimmt: „Jeder Trödler ist zur ordnungsmäßigen Führung eines Geschäftsbuches verpflichtet." Der Angeklagte ist Trödler im Sinne der GewO. und der Bek. vom 16. Februar 1878; er hat sich demnach objektiv gegen § 148 Abs. 1 Ziff. 4a GewO. verfehlt.

In subjektiver Hinsicht erfordert die Blankettstrafvorschrift, da die verpönte Handlung ein Polizeidelikt ist, nicht Vorsatz, es genügt Fahrlässigkeit. Die etwaige Meinung des Angeklagten, daß sein Gewerbebetrieb nicht „Trödelhandel" sei, ist als Irrtum über das Strafgesetz nicht zu beachten. Da jeder Gewerbetreibende die ihm für seinen Betrieb obliegenden Pflichten kennen und dafür sorgen muß, daß er ihnen nachkommen kann, ist die Nichterfüllung einer solchen Pflicht an sich ein Verschulden, wenn nicht dem Gewerbetreibenden die Erfüllung seiner Pflicht ohne seine Schuld unmöglich war. Hierauf hat sich der Angeklagte selbst nicht berufen. Der Einwand, daß er die Vorschriften über die Art der Führung des in Ziff. 1 der Bek. angeordneten Geschäftsbuchs zum Teile nicht hätte erfüllen können, weil sie auf seinen Geschäftsbetrieb nicht paßten, ist belanglos, da die Nichterfüllung der Pflicht zur Führung des Geschäftsbuches Gegenstand der Aburteilung war und ihm nicht zur Last liegt, daß er den Vorschriften über die Art und Weise der Führung zuwiderhandelte. (Urt. vom 17. Januar 1907, RevR. 582/06). H.

785

II.

Geldmangel ist kein unabwendbarer Zufall im Sinne des § 44 StPO. Aus den Gründen: „§ 44 der StPO. läßt die Wiedereinsetzung zu, wenn der Antragsteller durch Naturereignisse oder andere unabwendbare Zufälle an der Einhaltung des Termins verhindert worden ist. Der Angeklagte hat sein Gesuch damit begründet, daß ihm die Mittel gefehlt haben, um die Reise an den Sitz des Berufungsgerichtes zu machen; allein, wenn das auch glaubhaft sein mag, so ist doch hierin ein unabwendbarer Zufall im Sinne des Gesetzes nicht zu erblicken." (Beschl. vom 17. Jan. 1907). Z.

771

Oberlandesgericht Zweibrücken.

Versäumung der im Versicherungsvertrage bestimmten Klagefrist. Weigerung des Versicherten, sich in auswärtige mediko-mechanische Nachkur zu begeben. Eine Versicherungsgesellschaft wurde verurteilt, an einen bei ihr gegen die Folgen körperlicher Unfälle versicherten Fuhrunternehmer, der beim Abrücken oder Herausschleifen abzufahrenden Holzes aus dem Walde zum Wagen einen Beinbruch erlitten hat, für die ersten 200 Tage der Kurzeit 396 Mk. zu zahlen. Ihre Berufung wurde zurückgewiesen.

Aus den Gründen: Nach den allgemeinen Versicherungsbedingungen der Beklagten erlischt jeder Anspruch, falls er nicht innerhalb dreier Monate von dem Ergehen eines ganz oder teilsweise ablehnenden Bescheides an mit vollständiger Klage vor den zuständigen Richter gebracht ist. Dieses Erlöschen tritt aber nach ständiger Rechtsprechung nicht durch den bloßen Fristablauf ein, sondern nur, wenn der Versicherte die Nichteinhaltung der Frist verschuldet hat. Eine solche schuldhafte Säumnis des Klägers liegt hier (wie näher ausgeführt wird) nicht vor, umsoweniger, als die Beklagte das Vorliegen eines Entschädigungsfalles von Anfang an anerkannt hat und die Parteien nur über einen einzelnen Punkt, die Art des Heilverfahrens, in Meinungsverschiedenheit geraten sind, der Kläger auch bei der Länge und Weitwendigkeit der Verhandlungen die Bedeutung des mitten in diesen liegenden ablehnenden Bescheides als solchen sehr leicht verkennen konnte. — Der Kläger hat seinen Anspruch auch nicht dadurch verloren, daß er sich geweigert hat, auf seine Kosten zum Zwecke der Nachbehandlung in eine mediko-mechanische Heilanstalt zu H. zu gehen und dort so lange zu bleiben, als es die Anstaltsärzte oder ein anderer Sachverständiger für notwendig oder empfehlenswert erachten würden. Zwar soll nach § 10 der allgemeinen Versicherungsbedingungen der Versicherte seine Ansprüche verlieren, wenn er den von der Gesellschaft oder ihren Aerzten im Interesse der Förderung des Heilungsprozesses getroffenen Anordnungen nicht „unbedingt" Folge leistet. Bei dieser Vorschrift darf, wie die Rechtsprechung ständig annimmt (vgl. RG. im Sächs. Arch. Bd. 13 S. 65), nicht der Buchstabe entscheiden: es kommt darauf an, ob die Maßregel im Einzelfalle gerechtfertigt und dem Versicherten zuzumuten ist. Da der Versicherte nach den Versicherungs-Bedingungen die Kosten der Krankenpflege und ärztlichen Behandlung zu tragen hat, fragt es sich zunächst, ob eine Anordnung, daß sich der Kläger nach dem von seinem Wohnorte weit entfernten H. in eine ihm unbekannte Anstalt zu begeben habe, berechtigt und ob bei § 10 der Bedingungen an so weittragende, dem Zweck und Nutzen der ganzen Versicherung ein anderes Gepräge verleihende Maßnahmen gedacht worden ist. Aber selbst wenn der Vertrag so auszulegen wäre, wäre die Weigerung des Klägers wegen der Umstände des Heilungsprozesses (die Sachverständigen erachten die mediko-mechanische Nachbehandlung nur für empfehlenswert, nicht für notwendig), wegen seiner persönlichen Verhältnisse und bei dem Betrage der Versicherungssummen genügend begründet; insbesondere stehen die Sätze der Kurkostenentschädigung und der Invalidenrente außer Verhältnis zu einem täglichen Aufwand von 3 Mk. und mehr, zumal wenn er sich auf eine beim Eintritt in die Anstalt nicht übersehbare Zeit erstrecken soll. Nicht ernst zu nehmen ist der Einwand der Gesellschaft, daß einen solchen Mehraufwand der Kläger zu tragen habe, und daß das Mißverhältnis zwischen den Kurkosten und der als Entschädigung für sie zu gewährenden Höchstsumme von ihm verschuldet sei, weil er zu geringe Versicherungsbeträge gewählt habe und das Mehr seiner Kosten aus seiner Ersparnis an Prämie ersetzen müsse. Das Begehren der Beklagten, der Kläger habe sich widerspruchslos ihren Anordnungen zu unterwerfen, ist überspannt. Dabei sieht das Ber.G. von den Bedenken ganz ab, zu denen eine Vereinbarung von Privatpersonen dahin, daß die eine der andern in bestimmten Dingen unbedingt zu gehorchen habe, schon an sich Anlaß gibt. (Urt. v. 13. November 1906).

780 Mitget. von Oberlandesgerichtsrat Lunglmayr in Zweibrücken.

Oberlandesgericht Bamberg.

Schadensersatzpflicht des Schuldners bei Vornahme einer zu unterlassenden Handlung durch ihn selbst oder durch einen Dritten. (BGB. §§ 280, 284, 325, 326). Die Firma J. in New-York übertrug den Alleinverkauf ihrer Gras- und Getreidemähmaschinen in Süddeutschland für das Erntejahr 1900/1 dem Kaufmann S. in W. und verpflichtete sich dabei, sowohl selbst keine solche Maschinen in dieses Gebiet an Dritte zu liefern, als auch alles zu tun, was in ihrer Macht stehe, zu verhindern, daß andere Agenten Maschinenlieferungen dorthin machen. Kurz darauf erteilte die Firma J. dasselbe Alleinverkaufsrecht für ganz Deutschland auf mehrere Jahre von 1900 ab in einem schriftlichen Vertrage dem Kaufmann P. in H.; nebenher wurde mündlich vereinbart, daß P. während des Jahres 1900/1 das dem S. vorbehaltene Gebiet mit Maschinenlieferungen verschonen müsse. P. handelte dieser Uebereinkunft zuwider. Als die Firma J. wegen eines Kaufpreisrestes von 750 Mk. gegen S. Klage stellte, machte dieser wegen der Uebergriffe des P. einen Schadensersatzanspruch von 10000 Mk. aufrechnungs- und widerklagsweise geltend. Die Klägerin bestritt ihre Ersatzpflicht. Der Anspruch des S. wurde zurückgewiesen.

Aus den Gründen: Die Klägerin war verpflichtet, den Verkauf ihrer Maschinen an andere im Gebiete des Beklagten zu unterlassen und zu verhindern, daß Dritte den Verkauf vornehmen. Es ist behauptet, daß die Klägerin in letzterer Hinsicht den Vertrag verletzt habe. Die vom Beklagten anzusprechende Leistung besteht in einer Unterlassung (§ 241 BGB.): Die Klägerin soll selbst den Verkauf unterlassen und auch für die Unterlassung des Verkaufs durch Dritte wirken. Wenn eine Unterlassung Gegenstand der Leistung ist und der Schuldner selbst die zu unterlassende Handlung vornimmt, so haftet er, da die Leistung infolge eines von ihm selbst zu vertretenden Umstandes, nämlich durch die eigene Vornahme der Handlung, unmöglich geworden ist, nach § 280 Abs. 1 und nach § 325 Abs. 1 Satz 1 für Schadensersatz, ohne daß es einer Mahnung (§ 284) oder Fristsetzung (§ 326 Abs. 1) bedarf (Planck, 3. Aufl. § 284 Ziff. 9). Nimmt ein Dritter die Handlung vor, für deren Unterlassung der Schuldner tätig sein soll, so haftet der Schuldner für Schadensersatz nur, wenn er den Umstand, aus welchem die Leistung unmöglich geworden ist, zu vertreten hat; denn nach § 275 Abs. 1 wird der Schuldner von der Verpflichtung zur Leistung frei, wenn diese infolge eines nach der Entstehung des Schuldverhältnisses eintretenden Umstandes, den er nicht zu vertreten hat, unmöglich wird. Welchen Umstand der Schuldner zu vertreten hat, bestimmt sich nach dem betreffenden Schuldverhältnisse und den §§ 276—279 BGB. Hier handelt es sich um einen Vertrag über Zusicherung eines Alleinverkaufsrechtes und es fragt sich, ob die Klägerin ihre Pflicht zur Hintanhaltung jeder Konkurrenz Dritter nicht vorsätzlich oder fahrlässig verletzt hat. Sie hat sich verpflichtet, alles zu tun, um andere Agenten am Verkauf von Maschinen in das Gebiet des Beklagten zu verhindern. In dieser Vereinbarung liegt kein Garantievertrag für das Verhalten eines Dritten, so daß sich die Klägerin für den Fall des Verkaufes von Maschinen in das dem Beklagten vorbehaltene Gebiet diesem zur Schadlos-

haltung verpflichtet hätte; nach dem Wortlaute des Vertrags hat die Klägerin keinen Erfolg ihrer Bemühungen gewährleistet. Die Klägerin haftet also nicht ohne weiteres für die Uebergriffe des P., sondern es ist zu prüfen, ob sie alles, was ihr möglich war, zu deren Verhinderung getan hat. Das ist zu bejahen. Sie hat das Recht des Beklagten auf den Alleinverkauf durch einen Vertrag mit P. gewahrt; letzterer hat auch seine Verpflichtung nie geleugnet. Als der Beklagte bei der Klägerin wegen der von P. in Süddeutschland verbreiteten Geschäftszirkulare protestierte, erinnerte die Klägerin den P. an seine Vertragspflicht, worauf er diese anerkannte. Durch diese Uebereinkunft zwischen der Klägerin und P., welche einen Vertrag zugunsten des S. nach § 328 BGB. bildet, erlangte S. die unmittelbare Berechtigung zur Geltendmachung der Leistung gegen P. und die Befugnis zur Klagestellung gegen ihn. (Urt. des I. ZS. vom 7. Dezember 1906, BerR. 141/03).

759 Mitgeteilt von Oberlandesgerichtsrat Schäfer in Bamberg.

Oberlandesgericht Augsburg.

Zustellung der Widerspruchsklage an den Anwalt, der den Beklagten in dem Rechtsstreite, der der Vollstreckung vorausging, oder nur im Vollstreckungsverfahren selbst vertreten hat. A. hat gegen B. ein Urteil erwirkt und am 20. Juni 1906 Mobiliarpfändung bei B. vornehmen lassen; in der Pfändungsurkunde ist vom Gerichtsvollzieher vermerkt, daß die Pfändung im Auftrage des Rechtsanwaltes H. in M. namens des A. erfolgt sei; dagegen ist nicht erkennbar gemacht, daß dieser Anwalt Generalbevollmächtigter des A. war oder ihn im Vorprozesse anwaltschaftlich vertreten hat. Gegen die Pfändung erhob Rechtsanwalt F. namens des C. Widerspruchsklage nach § 771 ZPO. und beantragte, da A. in dem Verhandlungstermine nicht vertreten war, die Erlassung eines Versäumnisurteils nach § 335 Ziff. 2 ZPO. Diesen Antrag wies das Landgericht zurück, weil eine ordnungsmäßige Ladung des A. nicht vorliege. Der Anwalt des Klägers legte Beschwerde ein unter der Behauptung, daß die Widerspruchsklage dem Rechtsanwalt H. in M. für A. zugestellt worden sei; sie wurde vom Oberlandesgerichte (II. ZS.) am 27. Oktober 1906 zurückgewiesen.

Gründe: Die Bezugnahme auf den Inhalt der Pfändungsurkunde vom 20. Juni 1906 genügt nicht, um den Nachweis der Vollmacht zu ersetzen. Ferner ermächtigt die für einen bestimmten Prozeß ausgestellte Vollmacht nach § 81 ZPO. nur zur Führung dieses Rechtsstreites und zu Rechtshandlungen gegenüber dem Prozeßgegner, nicht aber gegenüber dritten Personen. Die Widerspruchsklage nach § 771 ZPO. macht einen neuen selbständigen Anspruch eines Dritten geltend; sie ist nicht eine Fortsetzung des früheren Verfahrens oder ein Teil des Zwangsvollstreckungsverfahrens. Sie darf nicht unter den Begriff der Prinzipalintervention nach § 82 ZPO. gebracht werden; deshalb finden die Bestimmungen in § 178 ZPO. auf sie keine Anwendung (vgl. Hahn, Mat. S. 190, 191 u. 229, Gaupp-Stein und Seuffert zu § 178 ZPO.).

719 Mitgeteilt von Oberlandesgerichtsrat Donle in Augsburg.

Landgericht Augsburg.

Zu § 133 GewO. Sofortige Entlassung wegen Beleidigung eines Kollegen. Der Kläger wurde von der Beklagten, einem großen Fabriketablissement, ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist entlassen, weil er einen im Gleichrang mit ihm stehenden Kollegen Mittags nach 12 Uhr im Verwaltungsgebäude auf einer Treppe anhielt und ihm zurief: „Wenn Sie mich nochmal so fixieren, dann hau' ich Ihnen ein Paar herunter, Sie Lausbub, Sie frecher usw.". Das Gewerbegericht verurteilte die Beklagte, „anzuerkennen, daß das Dienstverhältnis des Klägers bis zum 31. Dezember 1906 fortdauert". Die Berufung wurde zurückgewiesen.

Aus den Gründen: Als wichtiger Grund ist es nach § 133c Ziff. 5 GewO. insbesondere anzusehen, wenn der Arbeitnehmer eine Ehrverletzung gegen den Arbeitgeber begeht. Die Beleidigung, die einem gleichgestellten Beamten zugefügt wird, ist nicht ohne weiteres ein Verstoß gegen die dem Arbeitgeber schuldige Disziplin auch nach § 133. Für die Frage, ob dem Arbeitgeber nach Lage der Sache billigerweise nicht zugemutet werden kann, den Vertrag fortzusetzen, kommt in Betracht, ob eine wesentliche Aenderung der bei Eingehung des Vertrages mutmaßlich gewürdigten Umstände eintritt. Die Veranlassung zu dem Vorfall im Verwaltungsgebäude gab eine rein private, die beklagte Firma als solche nicht berührende Angelegenheit zwischen dem Kläger und dem ihm gleichgestellten R. Streitigkeiten und wörtliche Beschimpfungen von Gleichgestellten außerhalb der Geschäftszeit und der Arbeitsräume werden sich bei großen Etablissements nicht verhindern lassen und rechtfertigen, wenn sie nicht größeren Umfang annehmen oder mutmaßlich annehmen müssen, nicht die sofortige Entlassung. Wenn die Beklagte darauf Gewicht legt, auch bei Streitigkeiten, die weder den Geschäftsbetrieb selbst betreffen, noch dem Rufe der Firma schaden können, die Beteiligten mit sofortiger Entlassung maßregeln zu können, so muß sie auch ihre Beamten unter einen Arbeitsvertrag stellen, und in ihm die Angestellten einer Disziplin bezüglich ihres Verhaltens außerhalb des Geschäftes unterwerfen. In Ermangelung solcher Bestimmungen gibt nur § 133 GewO. Maß. Ob hiernach der Arbeitgeber in dem Verhalten des Angestellten einen wichtigen Grund zur sofortigen Entlassung finden kann, ist von Fall zu Fall zu entscheiden. Es kann weiter nicht unbeachtet bleiben, daß der Vorfall vom Kläger zwar innerhalb des Verwaltungsgebäudes, aber zu einer Zeit und an einem Orte herbeigeführt wurde, daß er nur von wenigen Angestellten und von den Arbeitern überhaupt nicht wahrgenommen wurde. Deshalb wurde durch das Verhalten des Klägers die Autorität der Beamten gegenüber den Arbeitern nicht unmittelbar geschädigt. Die Beklagte kann bei der Ausdehnung ihres Personalstands und ihres Wirkungskreises nur das Recht und die Pflicht haben, Streitigkeiten der Angestellten während der Arbeitszeit und innerhalb der Arbeitsräume im Interesse der Ordnung und Disziplin hintanzuhalten. Ein solcher Fall liegt nicht vor. Es war nach dem Verhalten des Klägers nicht zu befürchten, daß er sich Beschimpfungen des R. innerhalb der Fabrikräume erlauben und sich in dem Falle, daß er mit ihm fernerhin im gleichen Raume dienstlich zusammengetroffen wäre, zu weiteren wörtlichen oder tätlichen Beleidigungen werde hinreißen lassen.

Das Verhalten des Klägers gegenüber R. darf nicht um deswillen strenger beurteilt werden, weil der Kläger, wie die Beklagte behauptet, von ihr außer Bedarfsfall aufgenommen wurde. Mit der Anstellung ist er in die gleichen Rechte und Pflichten aus dem Vertragsverhältnis eingetreten wie die anderen Angestellten. Der Vorfall ist auch nur auf eine augenblickliche Gemütsaufwallung des Klägers zurückzuführen, die ihren Grund in einer von R. an ihm wegen seines außerdienstlichen Verhaltens geübten Kritik hatte. Aber weder der Auftritt selbst noch das Gesamtverhalten des Klägers, noch geschäftliche Interessen zwangen dazu, einen der Beteiligten sofort aus dem Geschäfte zu entfernen. Wenn die beklagte Firma Auswüchse persönlicher Streitigkeiten für die Zukunft hintanhalten wollte, so konnte sie schon damit ein warnendes Beispiel geben, daß sie das Dienstverhält-

nis durch ordentliche Kündigung löste. Anders läge es, wenn eine Warnung des durch die Entlassung Gemaßregelten seitens der Fabrik vorausgegangen wäre. Es wäre auch eine unbillige Härte bei den nach § 133 b GewO. zu beurteilenden Vorkommnissen einen strengeren Maßstab anzulegen, als es bei Angehörigen des Handelsstandes nach § 70 HGB. oder Dienstverpflichteten nach § 626 BGB. bei gleicher Sachlage geschehen würde. Auch hier würde ein rein privater Streit, durch welchen das Ansehen des Geschäftes nicht leidet, dem Prinzipal nicht das Recht der sofortigen Entlassung geben, wenn die Möglichkeit der gleichzeitigen Weiterverwendung beider Teile außer Zweifel steht. (Urt. vom 27. September 1906).

734 F.

Aus der Praxis des Gerichtshofs für Kompetenzkonflikte.

Abgrenzung der Zuständigkeit zwischen Gerichten und Verwaltungsbehörden in Abmarkungssachen, wenn außer der Feststellung der Grenze die Beseitigung einer falschen Abmarkung beantragt wird. Der Bezirksgeometer stellte auf Antrag des Bauers W. unter Zuziehung des Obmanns der Feldgeschworenen die Grenze zwischen einem Grundstücke des W. und einem Grundstücke seines Nachbars D. fest; er machte die Grenze durch Setzung von Steinen erkennbar. D. erhob hierauf zum Amtsgericht Klage gegen W.; er beantragte, zu erkennen, daß W. den Besitz des D. an einem durch die Abmarkung von dem Grundstücke des D. abgetrennten Teil anzuerkennen und die Grenzzeichen zu entfernen habe. Das Amtsgericht wies die Klage wegen Unzulässigkeit des Rechtswegs ab. D. legte Berufung ein. Während die Sache beim LG. anhängig war, erhob die Regierung den Kompetenzkonflikt. Der Gerichtshof für Kompetenzkonflikte entschied, daß der Rechtsweg hinsichtlich des Anspruchs auf Feststellung des Besitzes zulässig, im übrigen unzulässig sei.

Aus den Gründen: D. macht zwei Ansprüche geltend: 1. den Anspruch auf Verurteilung des W. zur Anerkennung seines (des D.) Besitzes an dem Teile des Grundstücks, der nach der vollzogenen Abmarkung zum Grundstücke des W. gehören würde; 2. den Anspruch auf Entfernung der Grenzsteine. Der Besitz einer Sache ist ein dem bürgerlichen Recht angehörendes Rechtsverhältnis. Auf Feststellung seines Bestehens kann nach § 256 ZPO. geklagt werden, wenn der Kläger ein rechtliches Interesse an der alsbaldigen Feststellung hat. Dieses Interesse kann die Behauptung des D. dartun, daß W. den Besitz des durch die Abmarkung vom Grundstücke des D. abgetrennten Teiles in Anspruch nimmt. Der Streit gehört vor die ordentlichen Gerichte.

Der zweite Anspruch ist mit der Behauptung begründet, der Beklagte habe den D. im Besitze des Grundstücks dadurch gestört, daß der Geometer als sein Beauftragter eine das Grundstück verkleinernde neue Grenze vermarkte. Einen dem bürgerlichen Rechte angehörenden Anspruch kann diese Behauptung nicht begründen. Die Abmarkung der Grundstücke, soweit sie den Gegenstand des Gesetzes vom 30. Juni 1900 bildet, ist eine Einrichtung des öffentlichen Rechts. Abmarkungen vorzunehmen, die sich unmittelbar an die durch Messungen erfolgte Ermittelung einer Grenze anschließen, sind nach Art. 1 Abs. 1 Ziff. 2 und Art. 4 Abs. 1 des Gesetzes die Messungsbehörden zuständig. Diese handeln dabei als Organe der Staatsgewalt. Sie haben daher unabhängig von etwaigen Weisungen derer, die ihre Dienste in Anspruch nehmen, zu prüfen, ob die Voraussetzungen vorliegen, unter denen sie das ihnen angesonnene Geschäft vornehmen dürfen. Dadurch, daß W. den Geometer um die Abmarkung anging und daß dieser dem Ansinnnen entsprach, konnte demnach ein nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechts zu beurteilendes Vertretungsverhältnis, vermöge dessen Dritten gegenüber die Handlungen des Geometers als Handlungen des W. anzusehen wären, nicht begründet werden. Die Handlungen des Geometers können nicht als verbotene Eigenmacht des Beklagten angesehen werden, durch die dieser den Kläger im Besitze des Grundstücks gestört hätte (BGB. § 862); D. kann deshalb auch nicht von W. die Beseitigung der Grenzsteine verlangen, abgesehen davon, daß W. nach Art. 3 und 28 Ziff. 2 des Gesetzes sie gar nicht wegnehmen dürfte.

D. behauptet auch, daß der Geometer die Ermittelung der Grenze ohne seine Zustimmung vorgenommen und die ermittelte Grenze vermarkt habe, ohne daß er (D.) sie als die richtige Grenze anerkannt hätte. Danach besteht Streit darüber, ob der Geometer die Abmarkung vornehmen durfte (Art. 1 Abs. 1 Ziff. 2); Gegenstand des Streits ist also die Gültigkeit der Abmarkung. Solche Streitigkeiten entscheiden nach Art. 19 Abs. 1 die Verwaltungsbehörden im verwaltungsrechtlichen Verfahren. Von deren Entscheidung hängt es ab, ob die Grenzsteine zu beseitigen sind. Der Rechtsweg ist für den Anspruch auf Beseitigung nicht zulässig.[1]) (Entsch. vom 8. Januar 1907).

802 — — — — n.

Literatur.

Wenz, P., Amtsgerichtssekretär in Köln und **Wagner, J.**, Kalkulator in Breslau. Praktisches Handbuch für die Zwangsversteigerung und die Zwangsverwaltung. Reichsgesetz vom 24. März 1897 nebst dem EG. und den AG. der sämtlichen Bundesstaaten. Mit Anmerkungen und praktischen Beispielen. 3. gänzlich neu bearbeitete Auflage. Verlag von Karl Vater, Königshütte O.-S. 1907. Gebd. Mk. 7.50.

Der Berichterstatter hat schon in der Vorrede seines Kommentars zum ZwVG. auf die Vorzüge dieses in Bayern noch zu wenig bekannten Buches aufmerksam gemacht. Sein Wert liegt hauptsächlich in den zahlreichen völlig durchgeführten Rechnungsbeispielen, aber auch in einer durchaus selbständigen Erläuterung des Gesetzes. Die Verfasser gelangen mitunter zu einer Bekämpfung herrschender Lehren, die keinesfalls unbeachtet bleiben darf, und versuchen die zahlreichen mathematisch-juristischen Rätsel, die eine überfein gewordene Gesetzgebungskunst in das ZwVG. hineingeheimnißt hat, in origineller Weise zu lösen (Bildung des geringsten Gebots im Falle des verunglückten § 881 Abs. 4 BGB., Anwendung der nicht minder mißratenen §§ 122, 123 ZwVG. u. dgl.). Auch da, wo man der Meinung der Verfasser nicht beitreten kann, muß man die Gewissenhaftigkeit und Sorgfalt anerkennen, mit der sie sich in die unangenehmsten Probleme vertieft haben.

von der Pfordten.

Damme, Dr. F., geheimer Regierungsrat, Direktor im Kaiserlichen Patentamt zu Berlin. Das deutsche Patentrecht. Ein Handbuch für Praxis und Studium. 549 Seiten. Berlin 1906, Verlag von Otto Liebmann. Brosch. Mk. 10.—, gebd. Mk. 11.—.

Der Verfasser, dem unsere juristische Literatur schon eine Bearbeitung des Reichsgesetzes über die

[1]) Anm. des Einsenders. Es wird nach dieser Entscheidung anzunehmen sein, daß der durch eine falsche Abmarkung Benachteiligte die Beseitigung der irrig gesetzten Grenzsteine im öffentlich-rechtlichen Verfahren durchsetzen kann, wenn er ein rechtskräftiges Urteil erlangt hat, das einen von der vollzogenen Abmarkung abweichenden Grenzlauf feststellt (vgl. Art. 1 Abs. 1 Ziff. 4 des Ges.). Er kann aber auch sofort im öffentlich-rechtlichen Verfahren die Beseitigung der Grenzzeichen erwirken, wenn eine formelle Ungültigkeit der Abmarkung dargetan wird.

Patentanwälte verdankt, bietet in dem vorliegenden Buche auf Grund einer mehr als zehnjährigen Erfahrung eine systematische Darstellung des deutschen Patentrechtes. Ihr voraus geht ein Ueberblick über die geschichtliche Entwickelung des Patentwesens bei den großen Kulturvölkern. Wie dieser Ueberblick unter steter Berücksichtigung der für die Entwickelung maßgebenden wirtschaftlichen und politischen Verhältnisse außerordentlich anregend geschrieben ist, so bringt auch die systematische Darstellung des geltenden Rechtes keineswegs graue Theorie. Der Verfasser, der durch seine amtliche Stellung mitten in der patentrechtlichen Praxis steht, bleibt auch in seinem Buche ständig in Beziehung mit den Fragen und Bedürfnissen des Lebens. Besonders schätzenswert ist es, daß Damme über die praktische Anwendung des Gesetzes nicht bloß durch die Berücksichtigung der Rechtsprechung Auskunft gibt, sondern auch durch die Mitteilung statistischer und sonstiger Tatsachen einen Einblick in die patentrechtliche Praxis gewährt; er belehrt den Leser nicht nur über die juristische Tragweite einer Gesetzesbestimmung, sondern auch über ihre Bewährung in der Praxis. Ein dem Werke beigefügter Anhang enthält den Text der einschlägigen Gesetze, Verordnungen und Verträge. Durch die in Anmerkungen beigefügten Seitenzahlen ist in diesem Anhange bei den einzelnen Bestimmungen darauf hingewiesen, wo sie sich in der vorausgehenden Darstellung besprochen finden, so daß die Benützung des Buches sehr erleichtert ist. E. E.

Schiedermair, J., II. Staatsanwalt in Nürnberg. Die Vorschriften über die Prüfungen für den höheren Justiz- und Verwaltungsdienst in Bayern und die Vorschriften für die Praxis der geprüften Bewerber um Anstellung im höheren Justizstaatsdienst (gepr. Rechtspraktikanten) mit einem Anhang, enthaltend die Studienpläne und die Promotionsordnungen der Juristenfakultäten der drei Landesuniversitäten. 3. Auflage. Mit Einleitung, Anmerkungen und alphab. Sachregister. München 1907, J. Schweitzer Verlag (Arthur Sellier). Gebd. Mk. 2.80

Die Vorschriften für die Praxis der geprüften Rechtspraktikanten waren früher in einem eigenen von Th. von der Pfordten herausgegebenen Büchlein veröffentlicht worden. Sie sind nun zweckmäßigerweise mit den Prüfungsvorschriften vereinigt worden. Die vortrefflichen klaren Erläuterungen, mit denen Staatsanwalt Schiedermair die Verordnungen und Bekanntmachungen versehen hat, enthalten wertvolle Hinweisungen, deren genaue Beachtung namentlich neu eintretenden Rechtspraktikanten sehr zu empfehlen ist. Auch den Gerichtsvorständen wird das Buch gute Dienste leisten. P.

Notizen.

Vollzug der Novelle zum Gebührengesetze. Die Vollzugsvorschriften zur Novelle vom 20. August 1906 sind im FMBl. Nr. 2 vom 22. Januar 1907 veröffentlicht. Sie gehen über den Rahmen einer bloßen Dienstanweisung insoferne hinaus, als sie auch eine zum Teile ziemlich eingehende Erläuterung der gesetzlichen Vorschriften enthalten. Das sorgfältige Studium der Bekanntmachung ist dem Richter- und Gerichtsschreiberpersonal angelegentlich zu empfehlen, da bekanntlich die Handhabung des Gebührengesetzes große Schwierigkeiten bietet und leider ein für die Praxis brauchbarer Kommentar zurzeit nicht vorhanden ist. Der Bekanntmachung sind u. a. Tabellen für die Berechnung der Gebühren nach Art. 55 Ziff. 3a (Eintragung von Aktiengesellschaften u. dgl.) und nach Art. 83 und 84 (Vormundschaften) beigegeben.

Die Postportofreiheit in Bayern. Die Frage der Neuregelung der bayer. Postportofreiheit, über die seit längerer Zeit Verhandlungen zwischen den Ministerien schweben, ist nun in ein neues Stadium getreten. Wie aus der Bekanntmachung vom 30. Januar 1907 (GVBl. S. 33) hervorgeht, hat man sich entschlossen, grundsätzlich auch im innerbayerischen Verkehre mit dem System der Verordnung über die Portofreiheit vom 23. Juni 1829 und den zahlreichen dazuergangenen Ausführungsvorschriften aufzuräumen. Die Postportofreiheit in Amtssachen soll, soweit sie nicht auf reichsgesetzlichen Bestimmungen (Bundesgesetz über die Portofreiheit vom 2. Juni 1869) beruht, auch für den innerbayerischen Verkehr in der Hauptsache aufgehoben werden. Den Behörden soll jedoch die bisherige Erleichterung, die einzelnen Sendungen nicht frankieren zu müssen, auch künftig bleiben. Die Zahlung der Postgebühr für amtliche Sendungen der einzelnen Zweige der Staatsverwaltung soll im ganzen durch Entrichtung jährlicher Pauschbeträge an die Postverwaltung erfolgen — ein System, das schon im größten Teile des Deutschen Reiches durch Vereinbarungen zwischen der Reichspostverwaltung und den einzelnen Staaten eingeführt ist. Damit berechnet werden kann, wie hoch die Jahrespauschbeträge sein müssen, um der Postverwaltung für ihre Gesamtleistung ein angemessenes Entgelt zu bieten, soll eine Zählung der amtlichen Postsendungen während der Monate März, April, Mai, Juni 1907 stattfinden. Für die Zählung stünden an und für sich drei Wege zur Verfügung: einmal die Verwendung von Zählmarken während der Zählzeit, sodann die Zählung durch die absendenden Behörden und Stellen, endlich die Zählung durch die Aufgabe-Postämter. Es ist der letzte Weg gewählt, offenbar, weil er, ohne weniger zuverlässig zu sein als die anderen Wege, die Tätigkeit der außerordentlich zahlreich beteiligten Behörden und Stellen am wenigsten in Anspruch nimmt.

Damit die Postämter die Zählung vornehmen und das Ergebnis richtig aufzeichnen können, müssen sie zunächst wissen, welche Behörden und Stellen innerhalb ihrer Bezirke für sie in Betracht kommen. Zu diesem Zwecke ist angeordnet, daß die beteiligten Behörden, Stellen und Organe innerhalb zehn Tagen nach dem Erscheinen der Bekanntmachung der Postanstalt, bei der sie ihre Sendungen einliefern wollen, hiervon schriftliche Mitteilung machen. Die Postanstalten werden auf Grund dieser Mitteilungen Listen der aufgebenden Behörden anlegen und darin die anfallenden Sendungen in Rechnung stellen. Damit letzteres geschehen kann, ist vorgeschrieben, daß während der Zählzeit alle Sendungen der beteiligten Behörden, Stellen und Organe am Postschalter selbst aufgegeben werden, mithin nicht in die Postkästen eingeworfen werden dürfen. In Betracht kommen im Geschäftskreise des Justiz-Ministeriums alle Behörden und Stellen einschließlich der Amtsanwälte, Notariats- und Anwaltskammern, mit Ausnahme jedoch der Notariate. Alle diese Behörden haben während der vier Monate alle ihre Sendungen bei der Postanstalt selbst aufzugeben.

Wir möchten nicht verfehlen, auch darauf aufmerksam zu machen, daß auch während der Zählzeit alle amtlichen Sendungen der staatlichen Behörden, Stellen und Organe in Ansehung der Frankierung und der Portofreiheitsvermerke genau so weiter zu behandeln sind, wie bisher. Denn zurzeit handelt es sich nur um die Zählung; die Neuregelung der Portofreiheit selbst wird mit Rücksicht auf das Budget nicht vor dem 1. Januar 1908 in Kraft treten. -tt.

Verantwortl. Herausgeber: Th. von der Pfordten, K. Landgerichtsrat, verw. im Staatsministerium d. Justiz.

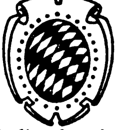
Eigentum von J. Schweitzer Verlag (Arthur Sellier) in München.
Druck von Dr. Franz Paul Datterer & Cie., G. m. b. H., Freising.

Nr. 6. München, den 15. März 1907. 3. Jahrg.

Zeitschrift für Rechtspflege in Bayern

Herausgegeben von
Th. von der Pfordten
K. Landgerichtsrat, verw. im K. Bayer. Staatsministerium der Justiz.

Verlag von
J. Schweitzer Verlag
(Arthur Sellier)
in München, Lenbachplatz 1.



Die Zeitschrift erscheint am 1. und 15. jeden Monats im Umfange von mindestens 2 Bogen. Preis vierteljährlich Mk. 3.—. Bestellungen übernimmt jede Buchhandlung und Postanstalt (Postzeitungsliste für Bayern Nr. 974a).

Redaktion und Expedition: München, Lenbachplatz 1. Insertionsgebühr 30 Pfg. für die halbgespaltene Petitzeile oder deren Raum. Bei Wiederholungen Rabatt. Stellenanzeigen 20 Pfg. Beilagen nach Uebereinkunft.

Die Bestimmung der Religion unehelicher Kinder.

Von Professor **Dr. Paul Oertmann** in Erlangen.

In Bd. III Nr. 1 S. 8 ff. dieser Zeitschrift findet sich über die in der Ueberschrift bezeichnete Frage ein Aufsatz des Herrn Reg.-Assessors Dr. A. Hofmann, den ich in verschiedenen Punkten nicht unwidersprochen lassen kann. Dies um so weniger, als es sich bei meinem Widerspruch um den grundsätzlich bedeutsamen Gegensatz zweier Auslegungsmethoden handelt, unsere Kontroverse über ihr an sich schon nicht unwichtiges Gebiet hinaus somit ein allgemeines Interesse in Anspruch nehmen dürfte.

Die II. Beilage zur bayerischen Verfassung läßt bekanntlich in § 21 die nicht legitimierten unehelichen Kinder

a) „wenn sie von einem Vater anerkannt sind", in Ansehung der Religionserziehung wie die ehelichen behandelt,

b) entgegengesetztenfalls nach dem Glaubensbekenntnis der Mutter erzogen werden.

In beiden Punkten erfahren die in meinem bayerischen Landesprivatrecht (1903, S. 614 ff.) verfochtenen Sätze bei Hofmann nur teilweise Zustimmung.

Zu a: In Verfolgung der bereits früher von Seydel[1]) entwickelten Anschauung hatte ich den § 21 hinsichtlich des Punktes a) als obsolet bezeichnet. Eine Anerkennung unehelicher Kinder ist dem BGB., von der eigentlichen Legitimation abgesehen, nur im Sinne des § 1718 bekannt, als Beseitigungsgrund für die sonst zuständige sog. exceptio plurium, nicht im Sinne der Herstellung eines persönlichen, rein familienrechtlichen Bandes zwischen Erzeuger und Kind.

Hofmann dagegen und ebenso der von ihm dazu nicht zitierte Kommentar von Staudinger-Engelmann, 2. Aufl. zu § 1707 Nr. 2d, glaubt der Vorschrift zu a) auch in Zukunft die Anwendungsmöglichkeit retten zu können. Sein Grund dafür ist aber kein anderer als der, daß nur so dem § 21 eine praktische Bedeutung zukomme. Das ist nun einmal ungenau, da auch nach der hier verfochtenen Auslegung der § 21 in seiner zweiten Hälfte (b) Bedeutung behält. Zum zweiten bildet es natürlich keinen Beweis für die Fortgeltung eines in seiner Fortgeltung zweifelhaften Rechtssatzes, daß nur die ihr günstige Auffassung „befriedige". Ich wenigstens bin nicht konservativ genug, um die Aufrechterhaltung alter, möglicherweise veralteter Sätze ohne weiteres als etwas Besseres, der Annahme ihrer Aufhebung Vorzuziehendes anzusehen.

Das Problem ist vielmehr dies: wollte die bayerische Verfassung in § 21 cit. ein selbstständiges, für die Frage der religiösen Kindererziehung bedeutsames Institut der Anerkennung Unehelicher schaffen, oder wollte sie nur an die in den damals geltenden Privatrechten etwa ohnedies vorhandene derartige Anerkennung anknüpfen und ihr eine weitere Wirkung verleihen? Man kann die Frage nicht einfach deshalb im ersten Sinne beantworten, weil die Vorschrift sonst von vornherein inhaltlos gewesen sei. Ob in den so buntscheckigen Lokalrechten, die innerhalb unserer bayerischen Grenzpfähle im Jahre 1818 galten, eine familienrechtlich wirksame Anerkennung Unehelicher im übrigen irgendwo Rechtens war, entzieht sich meiner Feststellung;[1]) in einem der wichtigsten bayerischen Landesrechte jedenfalls, dem französisch-pfälzischen, spielte sie bekanntlich eine erhebliche Rolle.[2]) Wir treten dem Gesetzgeber schwerlich zu nahe, wenn wir unterstellen, daß er bei unserer Vorschrift nur und gerade an solche Rechtsgebiete gedacht habe.

Aber auch, wenn die Redaktoren der bayerischen Verfassung diese Absicht nicht gehabt haben sollten, ist das kein Beweis für meinen Gegner.

[1]) Ich kann hier wie sonst mich auf die sorgfältigen Zitate bei Hofmann berufen.

[1]) Roth-Becher, Bayer. Zivilrecht 2. Aufl. Bd. 1 S. 620 läßt die Wirkungen der Anerkennung ausschließlich vermögensrechtlicher Natur sein.

[2]) Siehe statt aller Crome-Zachariae III §§ 538 ff., 542.



Denn das ist unzweifelhaft: der **Wortlaut** des § 21 läßt für **beide** Auslegungen Raum, und nach bekannten Auslegungsgrundsätzen ist der im Texte des Gesetzes nicht niedergelegte Wille seiner Verfasser für die Auslegung nicht bindend. Als maßgebend kann einzig und allein bei Zweideutigkeit des Wortlauts der **rechtspolitische Wert** des Auslegungsergebnisses erachtet werden. Diese das Gesetz allein vor schlimmem Widerspruch mit den Bedürfnissen des Lebens, dem Rechtsgefühl des Volkes rettende Auffassung sollte doch nicht mehr bestritten werden!

Von solchem Standpunkt aus aber kann es in unserer Frage doch nur eine Lösung geben. Die „anerkannten" Unehelichen, da wo die familienrechtliche Bedeutung der Anerkennung auf die Unterhaltspflicht beschränkt ist, nach § 21 beurteilen, heißt den tatsächlichen Verhältnissen die denkbar ärgste Gewalt antun. Die unehelichen **Söhne** müßten dann ja bei verschiedener Konfession ihrer Eltern in derjenigen des **Erzeugers** erzogen werden, eines Menschen, der mit ihnen nach dem — ethisch vielleicht anfechtbaren, aber dogmatisch zweifellos festgelegten — Standpunkt des BGB. (§ 1589 Abs. 2) gar nicht verwandt ist; der keinerlei persönliche Rechte und Pflichten ihnen gegenüber besitzt; der ihnen in 99 von 100 Fällen kalt und fremd, ohne jedwede persönliche Beziehung, vielfach mit offener Abneigung gegenübersteht; der sie vielfach in seinem Leben kaum gesehen haben wird! Und trotz solchen typischen Mangels aller persönlichen Bande soll das Kind, wenn männlichen Geschlechts, **seiner** Konfession folgen, folgen im Gegensatz zur Konfession aller der Personen, auf deren Pflege und Teilnahme es im Leben durchschnittlich **allein** angewiesen ist. Wird nicht dadurch eine Entfremdung, wenn nicht zwischen der Mutter, so doch zwischen ihren Angehörigen und dem Kinde geradezu von Rechts wegen heraufbeschworen? Wird nicht dem Kinde seine Fremdheit in dem Lebenskreise, dem es rechtlich und tatsächlich angehört, in verbitternder Deutlichkeit wieder und wieder vor Augen gehalten? Man mag die tatsächliche Wirkung der konfessionellen Gegensätze in unserem weiteren und engeren Vaterlande noch so sehr beklagen — jedenfalls hat man heute, und aller Voraussicht nach noch auf lange Jahre hinaus, damit als mit einer feststehenden Tatsache zu rechnen. So ist es nicht wohlgetan, mittelst einer vielleicht zulässigen, aber sicher nicht notwendigen Auslegung den konfessionellen Hader und Gegensatz noch in Stellen hineinzutragen, wohin er am allerwenigsten gehört: in das Verhältnis des vaterlosen Kindes zu den einzigen Personen, die seinem oft genug freudlosen Dasein allein Sorgfalt und Liebe widmen werden, von denen seine Erziehung und Entwicklung zum besten Teil abhängt. Ein kleiner „Ketzer" wird einer katholischen Bauernfamilie, von ihrem Standpunkt aus nicht mit Unrecht, nur zu leicht wie ein Pfahl im Fleische vorkommen.

Es kommt aber noch ein anderer Gesichtspunkt hinzu: welcher Art soll die nach § 21 maßgebende Anerkennung sein? Ist sie ein **rechtlicher Akt** oder nur ein **tatsächlicher Vorgang**; ist sie **einseitig** oder nur als **Vertrag** wirksam? Die Gegner können darauf keine halbwegs sichere Antwort geben. Daß die (einseitige) Anerkennung der Vaterschaft im Sinne des BGB. § 1718 etwas anderes sei als eine Anerkennung der in unserem § 21 geforderten Art, bezeichnet auch **Engelmann-Staudinger**, einer unserer Gegner, als „selbstverständlich" (Anm. 7 zu § 1718); ebensowenig bleibt eine Möglichkeit, an die in § 25 PerſStG. erwähnte Anerkennung zu denken. Falls dieser Vorschrift überhaupt nach dem 1. Januar 1900 noch irgendwelche Bedeutung zukommen sollte[1], kann sie sich nur auf die in ihrer materiellen Wirkung durch § 1718 cit. geregelte, lediglich **deklarative** Anerkennung beziehen, **Sartorius** a. a. O. Ueberhaupt wäre die Annahme, daß ein **einseitiger** Anerkennungsakt des Erzeugers die angeblichen Wirkungen des § 21 auslösen könne, schlechthin unannehmbar: sie gewährte dem außerehelichen Erzeuger die Möglichkeit, dem Kinde **gegen den Willen der Mutter** seine eigene Konfession aufzuzwingen, ohne daß er dafür irgendwelche **Pflichten** oder sonstige Aequivalente zu übernehmen hätte — eine für skrupellose Proselytenmacher vielleicht anmutende Aussicht!

Von einer Anerkennung der Vaterschaft in irgend einer anderen Form und Wirkung ist aber im geltenden Reichsrecht nicht die Rede; wenn **Hofmann** an eine öffentliche Urkunde denkt, womit „die freiwillige Uebernahme einer über die gesetzliche Unterhaltspflicht hinausgehenden Leistung für Unterhalt und Erziehung des Kindes seitens des Vaters im Einverständnisse mit der Mutter und event. der Vormundschaft verbunden ist", so ist das ein ganz willkürlich angenommener Geschäftstypus, dem andere als gewöhnliche **obligatorische** Wirkungen nach unserem bürgerlichen Recht nicht zugeschrieben werden können.

b) Kürzer kann der **zweite Streitpunkt** erledigt werden. Im Gegensatz zu meinen früheren Darlegungen will **Hofmann** der **unehelichen Mutter** das Recht zusprechen, über die Konfession ihres Kindes **frei zu bestimmen**. Den Wortlaut des Gesetzes, den er hierbei von vornherein gegen sich hat, glaubt er dadurch unschädlich machen zu können, daß er die Worte: „sie werden .... nach dem Glaubensbekenntnisse der Mutter erzogen", nur die **tatsächlich** eintretende **regelmäßige Wirkung** festhalten läßt. Aber damit würde mein Gegner dem Gesetzgeber unter-

[1]) Was nicht unstreitig ist. S. den Kommentar von **Sartorius** dazu Nr. 1 a. E.



stellen, etwas rechtlich völlig Unerhebliches gesagt zu haben. Zudem sprechen praktische Gründe nicht für seine Meinung — das, was er am Schluß vorbringt, steht und fällt mit seiner oben zu a) bekämpften Lehre —, und mit dem neuen bürgerlichen Recht ist sie wiederum unverträglich. Denn mit voller Schärfe sagt § 1707, daß die uneheliche Mutter zur Vertretung des Kindes nicht berufen sei. Daß die religiöse Kindererziehung in vollem Umfang einen Bestandteil des elterlichen Vertretungsrechts darstelle, will ich nun freilich nicht behaupten; so wird man etwa die bloße Zuweisung des Kindes an eine Schule oder einen Religionsunterricht dieser oder jener Konfession nicht dahin rechnen dürfen. Anders aber bei Akten, die wie Taufe und Konfirmation (Kommunion) eine rechtliche Relevanz aufweisen, die Zugehörigkeit zu einer Konfession bestimmen und damit auf die kirchliche, möglicherweise auch in einzelnen Punkten auf die zivile Rechtsstellung des Kindes einen Einfluß ausüben. Der Akt der Aufnahme in die kirchliche Gemeinschaft ist ein Rechtsakt, den man nur auf Grund einer Vertretungsmacht mit Wirkung für einen andern vorzunehmen imstande ist.

Mag sein, daß das Landesrecht nach dem Vorbehalt in EG. Art. 134 das hätte ändern können — tatsächlich hat das bayerische Recht von solcher Möglichkeit keinen Gebrauch gemacht. Denn selbst Hofmann behauptet nicht, daß § 21 das Bestimmungsrecht der Mutter anerkenne; er bestreitet nur, daß er es positiv ausgeschlossen habe. Dazu aber hatte das bayerische Recht, oder hat es doch seit dem 1. Januar 1900, nicht den mindesten Anlaß. Nur eine ausdrückliche Sondervorschrift hätte ihr das sonst versagte Vertretungsrecht für unsere Frage verleihen können.

Das neue Urheberrecht an Werken der bildenden Künste und der Photographie.

Von **Eduard Eckert**, Amtsrichter in Nürnberg.

(Schluß).

III.

Was den Inhalt des Urheberrechts anlangt, so gewährt es die ausschließliche Befugnis, das Werk zu vervielfältigen oder nachzubilden, gewerbsmäßig zu verbreiten und — dies ist eine Neuerung — gewerbsmäßig mittels mechanischer oder optischer Einrichtungen vorzuführen. Als Vervielfältigung gilt bei Bauwerken und Entwürfen für Bauwerke auch das Nachbauen (§ 15). Der Ausschließlichkeit dieser Befugnisse entspricht es, daß, wie der § 17 noch ausdrücklich hervorhebt, eine Vervielfältigung ohne die Einwilligung des Berechtigten unzulässig ist, gleichviel durch welches Verfahren und in wievielen Exemplaren sie bewirkt wird. Unzulässig ist im Gegensatze zu dem bisherigen Rechte (§ 8 Z. 2 des Ges. v. 9. Jan. 1876) in Zukunft auch die Nachbildung eines Werkes der zeichnenden oder malenden Künste durch die plastische Kunst oder umgekehrt, unzulässig die bisher erlaubte Nachbildung eines Werkes der Photographie auf anderem als mechanischem Weg und die bisher gleichfalls gestattete Nachbildung eines photographischen Werkes an einem Erzeugnisse der Industrie usw. z. B. auf Ansichtspostkarten (vgl. §§ 1, 3 und 4 des Ges. vom 10. Januar 1876).

Aber ohne Ausnahme, ohne Einschränkung zugunsten der Allgemeinheit, oder zugunsten berechtigter Sonderinteressen hat natürlich auch das neue Recht die oben angegebenen ausschließlichen Befugnisse des Urhebers nicht gelassen.

Zu diesen Ausnahmen gehört in erster Linie der Fall der sog. Einzelkopie. Der § 18 Abs. 1 gestattet „eine Vervielfältigung zum eigenen Gebrauch mit Ausnahme des Nachbauens, wenn sie unentgeltlich bewirkt wird". Der Ausdruck „zum eigenen Gebrauch" ist von der Reichstagskommission im Interesse größerer Klarheit gewählt worden. Will man sich Klarheit darüber verschaffen, was der Ausdruck bedeutet, so ersetzt man ihn wohl am besten durch die Ausdrucksweise des Regierungsentwurfes, der von einer Vervielfältigung gesprochen hatte, „die nicht zum Zwecke der Verbreitung oder der öffentlichen Schaustellung erfolgt." Das Literargesetz gebraucht in der verwandten Bestimmung des § 15 Abs. 2 den Ausdruck „zum persönlichen Gebrauch". Die Reichstagskommission hat absichtlich nicht diesen Ausdruck gewählt, sondern den Ausdruck „zum eigenen Gebrauch", weil sie der Meinung war, daß dieser Ausdruck nicht die ausdehnende den Interessen der Urheber wenig günstige Auslegung finden könne, die der § 15 Abs. 2 des Literargesetzes erhalten hat.

Ein Werk der bildenden Künste oder der Photographie darf unter Umständen ohne die Einwilligung des Berechtigten in ein Schriftwerk aufgenommen werden (§ 19); aber die Bedingungen, unter denen das neue Gesetz dies gestattet, sind erheblich strenger als nach § 6 Ziff. 4 des Ges. vom 9. Jan. 1876.

In Uebereinstimmung mit dem alten Recht entrückt auch das neue Gesetz solche Werke, die sich bleibend an öffentlichen Wegen, Straßen oder Plätzen befinden, im Interesse der Allgemeinheit bis zu einem gewissen Grade den Rechten des Urhebers. Auch das Gesetz vom 9. Jan. 1876 hatte in § 6 Ziff. 3 die Vervielfältigung solcher Werke erlaubt, nur durfte sie nicht in derselben Kunstform erfolgen; was man freilich unter derselben Kunstform zu verstehen habe, blieb zweifelhaft und bestritten. Das neue Gesetz dürfte in dieser Beziehung kaum solche Auslegungsschwierigkeiten bereiten. Es bestimmt in seinem § 24 Abs. 1, der

dem Berichterstatter der Reichstagskommission merkwürdigerweise noch in der zweiten Lesung, also nach den Kommissionsberatungen, großes Kopfzerbrechen verursachte, mit aller wünschenswerten Deutlichkeit: „Zulässig ist die Vervielfältigung von Werken, die sich bleibend an öffentlichen Wegen, Straßen oder Plätzen befinden, durch malende oder zeichnende Kunst oder durch Photographie. Die Vervielfältigung darf nicht an einem Bauwerk erfolgen." Bei Bauwerken erstreckt sich die Vervielfältigungsbefugnis dem Grundgedanken der Vorschrift entsprechend nur auf das, was von den öffentlichen Wegen oder Plätzen aus hauptsächlich zu sehen ist, die äußere Ansicht des Bauwerkes (§ 20 Abs. 2).

Bei Bildnissen einer Person ist dem Besteller und seinem Rechtsnachfolger gestattet, soweit nicht ein anderes vereinbart ist, das Werk zu vervielfältigen. Ist das Bildnis ein Werk der bildenden Künste, so darf, so lange der Urheber lebt, unbeschadet der schon oben besprochenen Befugnis zur Anfertigung einer Einzelkopie, die Vervielfältigung nur durch Photographie erfolgen (§ 18 Abs. 2). Diese Bestimmung geht viel weniger weit als die §§ 8 und 7 der Gesetze vom 9. und 10. Januar 1876, nach denen bekanntlich bei Porträts das Urheberrecht kraft Gesetzes uneingeschränkt auf den Besteller übergeht. Dafür ist aber in anderen Bestimmungen des neuen Gesetzes, den §§ 22—24, darauf Bedacht genommen, dem Recht am eigenen Bild einen vollkommeneren Schutz angedeihen zu lassen als die bisherige Gesetzgebung, die nur dem Besteller des Bildes, nicht aber dem Abgebildeten Rechte eingeräumt und den Fall, daß ein Bildnis nicht auf Bestellung angefertigt ist, überhaupt nicht berücksichtigt hat. Das neue Gesetz hat sich nicht damit begnügt, einem Beschlusse des deutschen Juristentages entsprechend, nur für den Fall die Verbreitung oder Schaustellung eines fremden Bildnisses zu untersagen, daß dadurch ein berechtigtes Interesse verletzt wird, sondern es bestimmt ganz allgemein: „Bildnisse dürfen nur mit Einwilligung des Abgebildeten verbreitet oder öffentlich zur Schau gestellt werden." Die Einwilligung kann natürlich auch aus den Umständen gefolgert werden und gilt nach ausdrücklicher gesetzlicher Vorschrift im Zweifel dann als erteilt, wenn der Abgebildete dafür, daß er sich abbilden ließ, eine Entlohnung erhalten hat. Nach dem Tode des Abgebildeten bedarf es bis zum Ablaufe von zehn Jahren der Einwilligung der Angehörigen des Abgebildeten. Als Angehörige gelten der überlebende Ehegatte und die Kinder des Abgebildeten und, wenn weder ein Ehegatte noch Kinder vorhanden sind, die Eltern des Abgebildeten. Von dieser in § 22 aufgestellten Regel bringt § 23 vier Ausnahmen. Ohne die nach § 22 erforderliche Einwilligung dürfen verbreitet und zur Schau gestellt werden:

1. Bildnisse aus dem Bereiche der Zeitgeschichte. Es entspricht der Absicht des Gesetzgebers, daß dieser Ausdruck im weitesten Sinne verstanden wird; er soll nicht nur das eigentliche politische, sondern auch das soziale, wirtschaftliche und Kulturleben des Volkes umfassen. Die Veröffentlichung der Bildnisse von Personen, die im öffentlichen Leben stehen oder in Kunst und Wissenschaft ein allgemeineres Interesse wachrufen, wird daher, wie in den Motiven ausdrücklich betont ist, auch in Zukunft nicht verwehrt sein.

2. Bilder, auf denen die Personen nur als Beiwerk neben einer Landschaft oder sonstigen Oertlichkeit erscheinen.

3. Bilder von Versammlungen, Aufzügen und ähnlichen Vorgängen, an denen die dargestellten Personen teilgenommen haben.

4. Bildnisse, die nicht auf Bestellung angefertigt sind, soferne die Verbreitung oder Schaustellung einem höheren Interesse der Kunst dient. Diese Ausnahme hat hauptsächlich die von Künstlerhand herrührenden Studienköpfe im Auge. Daß sie, wie die Motive bemerken, auf photographische Bildnisse nicht zu beziehen sein wird, dafür bietet das Gesetz selbst keinen Anhalt, wenn es auch bei ihnen immerhin seltener vorkommen wird, daß ihre Verbreitung oder Schaustellung einem höheren Interesse der Kunst dient.

Auch in diesen vier Fällen ist jedoch eine Verbreitung oder Schaustellung unzulässig, durch die ein berechtigtes Interesse des Abgebildeten, oder falls dieser verstorben ist, seiner Angehörigen verletzt wird. Es sind Fälle denkbar, in denen die Verbreitung oder Schaustellung eines Bildnisses die Kundgabe der Mißachtung eines anderen enthält und sich als strafbare Beleidigung darstellt. Aber es kann ein Fall auch so gelagert sein, daß die Bestimmungen über Beleidigung versagen und doch der Abgebildete ein schutzwürdiges Interesse daran hat, die weitere Verbreitung oder Schaustellung des Bildnisses zu verhindern. Ein solches Interesse wird bei karikierten Bildnissen wohl noch öfter vorkommen als bei Porträts, die den Menschen in seiner dem Leben entsprechenden Erscheinung wiedergeben. Der vom Gesetz gebrauchte Ausdruck „Bildnis" umfaßt doch wohl auch die Karikatur und es darf darum als zweifelhaft bezeichnet werden, ob unsere Rechtsprechung sich auf den in den Motiven eingenommenen Standpunkt stellen wird, daß die Bestimmungen über das Recht am eigenen Bild auf die Karikatur keine Anwendung finden sollen.

Ohne Rücksicht auf die Interessen und die Einwilligung des Abgebildeten oder seiner Angehörigen dürfen Behörden für Zwecke der Rechtspflege und der öffentlichen Sicherheit Bildnisse vervielfältigen, verbreiten und öffentlich zur Schau stellen; der im Reichstage gemachte Versuch, diese Befugnis von einer vorherigen richterlichen Anordnung abhängig zu machen, ist zum Glück mißlungen.

IV.

Die Regelung der Dauer des Schutzes, den das Gesetz den Urhebern gewährt, bietet wenig Interessantes. Das Wichtigste ist, daß die Schutzfrist, die für Werke der bildenden Künste wie bisher dreißig Jahre beträgt, für Werke der Photographie von fünf Jahren auf zehn Jahre verlängert worden ist. Sie beginnt in der Regel bei Werken der bildenden Künste mit dem Ablaufe des Kalenderjahres, in dem der Künstler gestorben, bei Werken der Photographie mit dem Ablaufe des Kalenderjahres, in dem das Werk erschienen ist. Die Einzelbestimmungen anzuführen und zu besprechen, die daneben für besondere Fälle wie z. B. für das Urheberrecht einer juristischen Person getroffen sind, würde hier zu weit führen (§§ 25—29).

In einer Reihe von Fällen ist es nach den Bestimmungen des Gesetzes für den Schutz des Urhebers von Bedeutung, ob sein Werk erschienen, d. h. im Verlags- und Kunsthandel herausgegeben oder sonstwie in mechanisch oder fabrikmäßig angefertigter Nachbildung in den allgemeinen Verkehr gebracht ist. Der § 30 des Gesetzes bestimmt ausdrücklich, daß in allen diesen Fällen nur ein Erscheinen in Betracht kommt, das der Berechtigte — also der Urheber oder mit seiner Zustimmung ein Dritter — veranlaßt hat.

V.

Die Gesetze vom 9. und 10. Januar 1876 regeln die Rechtsfolgen der Urheberrechtsverletzungen bekanntlich nicht selbst, sondern erklären die einschlägigen Bestimmungen des Gesetzes vom 11. Juni 1870 betr. das Urheberrecht an Schriftwerken usw. für entsprechend anwendbar. Das neue Gesetz ist diesem Beispiele nicht gefolgt; es handelt von den Rechtsverletzungen in einem eigenen Abschnitte, dem längsten des ganzen Gesetzes (§§ 31—50). Aber die Bestimmungen dieses Abschnittes decken sich in der Hauptsache nicht nur dem Inhalte, sondern auch dem Wortlaute nach mit den einschlägigen Bestimmungen des Urheberrechtsgesetzes vom Jahre 1901; die bestehenden Abweichungen erklären sich meist aus der Verschiedenheit der Werke, um deren Schutz es sich in den beiden Gesetzen handelt.

Das neue Gesetz will die zivilrechtlichen Folgen der Eingriffe in das Urheberrecht ebensowenig erschöpfend regeln wie das Gesetz von 1901. In Uebereinstimmung mit diesem macht es die Verpflichtung zum Schadensersatz von der Vorsätzlichkeit oder Fahrlässigkeit der Rechtsverletzung und die Strafbarkeit des Verletzenden im Gegensatze zu dem Gesetze von 1870 davon abhängig, daß der Täter vorsätzlich gehandelt hat.

Da es sich sonach auch hier im großen und ganzen nicht um neu geschaffenes Recht handelt, so seien nur einzelne Besonderheiten hervorgehoben.

Das Gesetz hat es sich angelegen sein lassen, den Urheber auch gegen einen Mißbrauch seines Namens zu schützen. „Der Name oder der Namenszug des Urhebers darf auf dem Werke von einem anderen als dem Urheber selbst nur mit dessen Einwilligung angebracht werden" (§ 13). Diese Bestimmung, der auch die Erben des Urhebers unterworfen sind, erhält den erforderlichen Nachdruck durch die Strafandrohung des § 34, die natürlich die Anwendbarkeit eines möglicherweise daneben noch verletzten strengeren Strafgesetzes nicht ausschließt. § 34 sieht eine Geldstrafe bis zu 300 Mark vor; die eventuell an ihre Stelle tretende Gefängnisstrafe darf einen Monat nicht übersteigen. Strenger als in diesem Falle, nämlich mit einer Geldstrafe bis zu 1000 Mark, die für den Fall der Uneinbringlichkeit in eine Gefängnisstrafe bis zu zwei Monaten umgewandelt werden kann, wird der Mißbrauch des Urhebernamens in dem Falle des § 33 Ziff. 1 geahndet; hier handelt es sich nicht um eine Anbringung des Namens auf dem Werke selber, sondern darum, daß auf einer gesetzlich erlaubten Vervielfältigung der Name des Urhebers vorsätzlich in einer Weise angebracht wird, die zu Verwechselungen Anlaß geben kann.

Die gleiche Strafe droht das Gesetz in § 33 Ziff. 2 auch an für die vorsätzliche Verletzung des Rechtes am eigenen Bilde. Da diese Vergehen voraussichtlich in der Regel mittels eines Preßerzeugnisses begangen werden, so wird ihre Aburteilung bei uns in Bayern meist den großen Apparat des Schwurgerichts erfordern. Für die Mehrzahl dieser Rechtsverletzungen hätte allerdings ein Privatklageverfahren vor dem Schöffengerichte der Bedeutung der Sache wohl besser entsprochen.

Die Bestimmungen über die Strafbarkeit und die zivilrechtlichen Folgen der Urheberrechtsverletzungen finden ihre notwendige Ergänzung in den Sicherungsmaßregeln zur Verhinderung von Rechtsverletzungen. Auch in dieser Hinsicht haben die Bestimmungen des Gesetzes von 1901 über den Anspruch auf Vernichtung oder Unbrauchbarmachung widerrechtlich hergestellter Exemplare usw. für das neue Gesetz als Vorbild gedient. Die Bestimmungen sind hier noch ausgedehnt auf die widerrechtlich verbreiteten oder zur Schau gestellten Bildnisse; anderseits sind von ihnen ausgenommen die Bauwerke, die unter Verletzung eines fremden Urheberrechtes errichtet worden sind (§§ 37, 38, 42—44).

Eine Besonderheit enthält der § 39. Nach § 37 Abs. 3 ist auf die Vernichtung auch dann zu erkennen, wenn die das Urheberrecht verletzende Handlung weder vorsätzlich noch fahrlässig begangen worden ist. Diese ohnehin etwas harte Bestimmung muß besonders unbillig wirken, wenn durch die Vernichtung dem Eigentümer der zu vernichtenden Gegenstände ein erheblich größerer Schaden zugefügt wird, als ihn der Urheber oder sein Rechtsnachfolger durch die Rechtsverletzung erlitten hat; ein solches Mißverhältnis wird nament-

lich dann leicht vorkommen, wenn ein Sammelwerk oder eine sonstige aus mehreren verbundenen Werken bestehende Sammlung in einem Teile des Werkes einen Eingriff in ein fremdes Urheberrecht enthält und deshalb dieser Teil der Vernichtung unterliegt. Wo es sich um solche Werke handelt, gibt daher das Gesetz in § 39 unter den angegebenen Voraussetzungen dem schuldlosen Eigentümer der von der Vernichtung bedrohten Exemplare die Möglichkeit, zu beantragen, daß ihm die Befugnis zugesprochen wird, die Vernichtung durch Zahlung einer Vergütung an den Verletzten abzuwenden und die Exemplare gewerbsmäßig zu vertreiben. In § 45 ist sodann noch die Frage geregelt, auf welchem Wege der Eigentümer diese Befugnis zu erwirken hat.

VI.

Unter der Ueberschrift „Schlußbestimmungen" regelt das Gesetz in seinem fünften Abschnitte vor allem das Recht der Uebergangszeit. Es geht dabei von dem Grundsatz aus, daß die ausschließlichen Befugnisse des Urhebers eines Werkes, das zur Zeit des Inkrafttretens des Gesetzes geschützt ist, sich nach dessen Vorschriften bestimmen soll; auf ein Werk der Photographie, das bei dem Inkrafttreten des Gesetzes noch nicht erschienen sein wird, werden dessen Vorschriften selbst dann Anwendung finden, wenn die Schutzfrist des bisherigen Rechtes schon abgelaufen ist (§ 53 Abs. 1). Dieser Grundsatz ist jedoch im Interesse einer allmählichen und schonenden Ueberleitung des bisherigen Rechtszustandes in § 53 Abs. 2 und 3 und § 54 nicht unwesentlich eingeschränkt. Insbesondere dürfen, soweit eine nach dem Inkrafttreten des neuen Rechtes unzulässige Vervielfältigung bisher erlaubt war, die vorhandenen Vervielfältigungsvorrichtungen noch bis zum Ablaufe von drei Jahren benutzt werden. Vorrichtungen, deren Herstellung vor dem 1. Juli 1907 begonnen sein wird, dürfen vollendet und bis zum 1. Juli 1910 benützt werden. Ja die Verbreitung ist noch über diesen Zeitpunkt hinaus unbegrenzt zulässig, soweit es sich um Exemplare handelt, die gemäß diesen Vorschriften oder schon vor dem Inkrafttreten des Gesetzes hergestellt worden sind (§ 54). Damit ist auf einige Zeit hinaus die Wirkung des neuen Rechtes nicht unerheblich eingeschränkt und der lange Zeitraum zwischen dem Zustandekommen des Gesetzes und dessen Geltungsbeginn gibt mehr als genügend Gelegenheit, die von dem alten Rechte gewährten größeren Freiheiten noch dadurch auszunützen, daß man mit allerlei Vervielfältigungen oder mit der Herstellung von Vorrichtungen hierzu beginnt, ehe das neue Gesetz sie verbietet.

Daß der Geltungstermin soweit hinaus verlegt worden ist, hat seinen Grund darin, daß man Zeit für die Bildung der im Gesetze vorgesehenen Sachverständigenkammern gewinnen wollte, deren Zusammensetzung und Geschäftsbetrieb erst noch der Regelung durch den Reichskanzler bedarf (§ 46). Ohne die Sachverständigenkammern wäre an eine befriedigende, vor allem an eine auch nur einigermaßen gleichmäßige Handhabung des Gesetzes kaum zu denken, selbst wenn einmal alle modernen Kunsterziehungsideale in Erfüllung gegangen sein sollten. Auch ein Richter, der sich eine über das Durchschnittsmaß hinausgehende Bildung in künstlerischen Dingen angeeignet hat, wird sich im Streitfalle besser nicht mit seinem eigenen ästhetischen Urteile begnügen, das sich bei den Parteien in der Regel auch geringeren Ansehens erfreuen dürfte als sein Urteil in rechtlichen Dingen. Die Aufgaben, die das neue Gesetz dem deutschen Richterstande bringt, liegen mehr auf juristischem als auf ästhetischem Gebiet. Aber er wird immerhin gut tun, wenn er bei der Anwendung des Gesetzes des Wortes eingedenk bleibt, das Kohler als Motto über sein Buch „Das literarische und artistische Kunstwerk und sein Autorschutz" gesetzt hat:

„Der richtige Weg zur Erkenntnis des Autorrechtes führt durch die Erkenntnis der Kunst hindurch."

Kultusbaustreitigkeiten.

Von **Dr. jur. Heinrich Tretzel**, Bezirksamtsassessor in Eggenfelden.

(Schluß.)

Baulastprovisorien.[1])

Während also, wie gesehen, die privatrechtlichen Baupflichtstreitigkeiten den Gerichten überlassen sind, bestimmt die AV. vom 1. Okt. 1830[2]) in Ziffer 2: Wenn dagegen die Konkurrenzverbindlichkeit im allgemeinen durch ein ausdrückliches Gesetz, durch das eigene unbestrittene Anerkenntnis der Beteiligten, durch Vertrag, besonderen Vergleich oder durch richterliches Urteil jedem Zweifel entrückt und daher nur davon die Frage ist, ob der Fall einer Konkurrenz in concreto gegeben sei und wie hoch sich der zu leistende Beitrag zu belaufen habe, so ist darüber von den Kreisregierungen, Kammer des Innern, nach vorausgegangener gesetzmäßiger Verhandlung zu entscheiden und es kann, wenn die Konkurrenzpflicht im allgemeinen feststeht, die Leistung des für den gegebenen Fall geforderten und regulierten Betrages durch die Berufung auf den Rechtsweg nicht aufgehalten werden. Den Beteiligten bleibt übrigens jederzeit vorbehalten; ihre vermutlichen

---

[1]) Krick, Baupflicht S. 96; Permaneder S. 67; Krais I 342; v. Pechmann S. 294; Seeberger S. 894 f.; Stingl S. 975; Reger-Dyroff S. 313; Krick KV. S. 283; Seydel III 601; BlAdmPr. I 419, II 10, XII 326, XXV 109, XLVII 43; RBl. 1851 S 948, 1857 S. 1413, 1870 S. 19, 1871 S. 1809; GVBl. 1876 Beil. XI; OGH. IV 643.

[2]) Weber II 543, dazu ME. vom 23. Juli 1833 (Weber II 695), vom 12. Nov. 1834 (Weber II 754). Stoll S. 226 f.

Privatrechte gegen andere Mitinteressenten bei den Gerichten in petitorio zu verfolgen.

Die hier vorgesehenen Bauprovisorien sind demnach Provisionalentscheidungen der Polizeibehörde,[1]) welche als Voraussetzung für den beschleunigten polizeilichen Zwangsvollzug über die Verpflichtung zur Bauvornahme im gegebenen Fall nach summarischem Verfahren über die Baupflichtsverhältnisse vorläufig Entscheidung treffen,[2]) und zwar unter Vorbehalt der endgültigen Entscheidung durch die Gerichte.[3])

Die Entscheidung ist zwar eine endgültige; sie wird durch eine Klage bei Gericht nicht suspendiert[4]), vielmehr sofort zur Vollstreckung gebracht. Der Vorbehalt hat jedoch die Wirkung, daß bei abweichendem Urteil des angerufenen Gerichts der zur Bauvorkehrung durch die Verwaltungsentscheidung Angehaltene gegenüber dem nun Verurteilten einen Anspruch auf Ersatz der gemachten Aufwendungen wegen ungerechtfertigter Bereicherung[5]) hat.[6])

Die provisorische Entscheidung der Verwaltungsbehörde (des Provisionalrichters) kann nur bei Kultusbauten,[7]) aber bezüglich der Wendepflicht an allen Kultusgebäuden angerufen werden, also bezüglich Kirchen, Pfarrgebäuden, Mesnerhäusern und Pertinenzien wie Kirchhofmauern[8]), auch an

[1]) Verwaltungsbehörde: RBl. 1851 S. 948, 1857 S. 1413; GVBl. 1876 Beil. XI; VGE. IX 296; „Verfügungen in dringenden Baufällen, in welchen das öffentliche Interesse sofortige Abhilfe gebietet" GVBl. 1876 Beil. XI; über den Begriff BlAdmPr. XVII 147.

[2]) Eine einstweilige Heranziehung der Kirchengemeinde, welcher überlassen wird, Regreß gegen die privatrechtlich Verpflichteten zu nehmen, im Staatsaufsichtsweg, wie das bei der Gemeinde zulässig ist, geht bei der Kirchengemeinde nicht an, da diese immer erst subsidiär verpflichtet ist, wenn andere Baupflichtige nicht vorhanden sind, vgl. VGE. II 8.

[3]) RBl. 1851 S. 948, 1871 S. 1809. Deshalb ist aber eine provisorische Entscheidung durch die Gerichte nicht ausgeschlossen (Landt. Absch. v. 1831, anders ME. vom 23. Juli 1833).

[4]) Permaneder S. 68; Stingl S. 976; Krais S. 343; Seydel S. 601; RBl. 1851 S. 948, 1857 S. 1413, 1858 S. 1012; dazu BlAdmPr. I 348, 380; Vdg. v. 1. Okt. 1830 Ziff. 2 u. 3, 23. Juli 1833. Das Provisorium ersetzt nicht eine richterliche Entscheidung über den Besitzstand. Das provisorium ist kein possessorium, das auch nach Durchführung des Provisionalverfahrens noch zulässig ist: BlAdmPr. II 12, VII 397; BlfRA. IX 298, XXII 267.

[5]) BGB. § 812; RBl. 1851 S. 948 (als Nichtschuld); OGH. IV 643 (Geschäftsführung ohne Auftrag).

[6]) Permaneder S. 68; Stingl S. 976; BlAdmPr. I 348.

[7]) KME. v. 29. Juli 1878 (BlAdmPr. XXVIII 301); BlAdmPr. XII 329. Bauprovisorien sind natürlich nur bei privatrechtlichen Baupflichtstreitigkeiten möglich, sonst entscheidet die Verwaltungsbehörde endgültig. Ueber die Hand- und Spanndienstpflicht gibt es kein Provisorium mehr wie früher: RBl. 1857 S. 1413, 1858 S. 1012, 1859 S. 1040; OGH. IV 643; Krais I 343; Seeberger S. 896 Anm. Uebrigens wird auch bei privatrechlichen Streitfällen höchst selten ein Provisorium mehr vorkommen, da die Gerichte in der Regel schneller endgültige Entscheidung treffen, als sie von der im Kollegium entscheidenden Regierung zu erlangen ist.

[8]) BlAdmPr. XII 329.

Schul- und Mesnergebäuden,[1]) ja selbst bezüglich reiner Schulgebäude,[2]) wenn eine Kultusbaulast in Anspruch genommen wird. Sie kann aber nicht lediglich eine innere Kircheneinrichtung betreffen, da diese nie so vordringlich ist.[3])

Voraussetzung für die Erwirkung einer Provisionalentscheidung ist der Natur der Sache nach die Dringlichkeit der Baufallwendung und das Provisorium ist beschränkt auf dringende Fälle, in welchen das öffentliche Interesse sofortige Abhilfe gebietet.[4]) Das Verfahren ist daher nicht mehr statthaft, wenn der Bau schon vollendet ist und nur noch über die Vergütung der Kosten Streit herrscht.[5])[6]) Außerdem muß die Baupflicht an sich, d. h. das Rechtsverhältnis der Baupflicht feststehen und jedem Zweifel entrückt sein,[7]) sei es, daß es durch ein Urteil, Anerkenntnis, einen Vergleich oder den Besitzstand[8]) dargetan ist.[7]) Der Streit darf sich nur noch darum drehen, ob im gegebenen Fall die privatrechtliche Konkurrenzpflicht einer bestimmten Person einzutreten hat oder in welcher Höhe diese in Anspruch genommen werden kann.[9])

Ob die Voraussetzungen für ein Provisorium gegeben sind, entscheidet der Provisionalrichter.[10])

[1]) Seeberger S. 892 Anm.; OGH. XIV 810; anders BlAdmPr. XII 329.

[2]) Anders ME. v. 30. Aug. 1878 (Weber XII 454); Seeberger 895 Anm.

[3]) Krais S. 345; Orgel u. Glocken: ME. v. 1. April 1826 (Weber II 343; Stoll 118); Turmuhren: Krais S. 345; ME. v. 21. Sept. 1847; Weber III 670.

[4]) BlAdmPr. I 420, XII 331; dringlich ist ein Bau, wenn wegen Gefahr auf Verzug die richterliche Entscheidung ohne wesentlichen Nachteil nicht abgewartet werden kann: BlAdmPr. XXV 111; RBl. 1871 S. 1809; GVBl. 1876 Beil. XI.

[5]) ME. v. 13. Jan. 1833 (Weber II 658), 21. März 1851 in den BlAdmPr. II 76; BlAdmPr. XII 334, XXV 117; RBl. 57 S. 1413, 1871 S. 1809; GVBl. 1876 Beil. XI S. 62, 77 Beil. I S. 1; Krais S. 343; zu unterscheiden ist die Frage der Tragung der Kosten des Verfahrens (unten S. 124 Anm. 11); im Provisionalverfahren kann nicht zugleich über die Baupflicht zu einer reparaturbedürftigen Kirche und einer während des Baues zu benützenden Notkirche entschieden werden: ME. v. 28. Juni 1878 (BlAdmPr. XXVIII 415).

[6]) Dadurch, daß schon ein Prozeß bei Gericht anhängig, wird die Möglichkeit eines Provisoriums nicht ausgeschlossen; BlAdmPr. XII 333, anders II 11; KME. in BlAdmPr. XXV 115; Krais S. 343.

[7]) Vdg. v. 1. Okt. 1830; RE. v. 23. Juli 1833, 12. Nov. 1834; RBl. 1857 S. 1413, 1858 S. 1012, 1871 S. 1809; GVBl. 1876 Beil. XI; OGH. XIV 810; BlAdmPr. I 420, XII 331, XXV 127. Dadurch, daß die Beteiligten das Vorhandensein der Voraussetzungen bestreiten, wird die Zuständigkeit nicht ausgeschlossen: ME. v. 12. Nov. 1834; RBl 1857 S. 70, 1413; BlAdmPr. I 420, XII 331.

[8]) Dazu BlAdmPr. I 421.

[9]) Also über Notwendigkeit und Maß: ME. v. 1. April 1826 (Weber II 344); über Bauverpflichtung, Umfang und Größe des Beitrags: Vdg. v. 1. Okt. 1810; RBl. 1851 S. 948, 1857 S. 1413; GVBl. 1876 Beil. XI an et quanti concurrentiae; Vdg. v. 13. Jan. 1833, 23. Juli 1833, 25. Jan. 1822; Weber II 72; über Ersatz der Auslagen BlfRA. XXXIX 20.

[10]) ME. v. 25. Jan. 1822 Ziff. IV, 23. Juli 1833,

Zuständige Behörde ist die Kreisregierung[1]) als Oberkuratelbehörde, und zwar die Regierung, Kammer des Innern, welche der betreffenden Kirchenstiftung vorgesetzt ist, um deren Gebäude oder Bauwerk es sich handelt.[2])

Was das Verfahren[3]) anlangt, so ist jede streitig gewordene Baufallangelegenheit mit dem Nachweis der Dringlichkeit und Notwendigkeit, den nötigen Plänen und Kostenvoranschlägen an die Regierung zu leiten.[4]) Dies erfolgt durch Vermittlung der vorgesetzten Distriktsverwaltungsbehörde,[5]) welche die Akten mit den sofort verfügbaren Beweisbehelfen, Plänen und Voranschlägen und einem Bericht über die Notwendigkeit und Dringlichkeit vorlegt, nachdem sie den Beteiligten Gelegenheit zur Aeußerung gegeben hat.[6]) Die Regierung entscheidet dann nach Prüfung der Notwendigkeit und Zweckmäßigkeit des vorgelegten Projekts[7]) und summarischer Vorprüfung der Belege, ob das Verfahren zu eröffnen ist.[8]) In der eröffnenden Entschließung beauftragt es zugleich die Distriktsverwaltungsbehörde[9]) mit der Instruktion.[10]) Die instruierende Behörde hat mit möglichster Beschleunigung alle Tatsachen, beizuschaffen, welche für die Rechtslage von Bedeutung sind, also Urteile, Anerkenntnisse, Vergleiche einzuholen,[11]) eventuell den Besitzstand zu erheben,[12]) die Unvermöglichkeit der primär baupflichtigen Kirchenstiftung in einem Insuffizienzbeschluß zu den Akten zu bestätigen,[13]) sodann

---

12. Nov. 1834; RBl. 1857 S. 1413 (ob die Konkurrenzpflicht durch ausdrückliches Gesetz begründet ist), ob Dringlichkeit vorliegt. BlAdmPr. I 420, XII 331; VGE. III 144; in erster Linie, ob die Zuständigkeit gegeben ist.

[1]) FormVdg. v. 17. Dez. 1825 § 73; Vdg. v. 1. Okt. 1830 Ziff. 2 u. 3, 25. Jan. 1822 Ziff. II.

[2]) Dazu RevGE. § 121, 122, 127, 129 mit VollzV. von 1837 Ziff. 143; FormVdg. v. 17. Dez. 1825 §§ 69 u. 73; Permaneder S. 60.

[3]) BlAdmPr. II 10. Das Verfahren richtet sich nach der Vdg. vom 23. Juli mit Berichtigung vom 8. Aug. 1833, Stoll 230; vgl. ME. vom 11. Okt. 1828, Stoll 223, Oberfr. RE. vom 19. Sept. 1861, Stoll 290; dazu Krais S. 344; v. Pechmann S. 294; Seeberger S. 895 Anm.

[4]) ME. vom 23. Juli 1833 Ziff. 1.

[5]) ME. vom 11. Okt. 1828; BlAdmPr. II 10.

[6]) Es ist zunächst zu versuchen, ob sich die Angegangenen nicht zur Leistung herbeilassen; BlAdmPr. II 11.

[7]) Auf Grund der vorgelegten Pläne und Kostenvoranschläge. BlAdmPr. II 11, XII 332; Krais 344.

[8]) Weitere Verhandlungen als die Beischaffung der liquiden Beweisbehelfe kann die Distriktsverwaltungsbehörde ohne Ermächtigung der Regierung nicht pflegen: BlAdmPr. XII 322.

[9]) Oder einen eigenen Regierungskommissär: ME. vom 25. Jan. 1822 Ziff. III, 11. Okt. 1828; BlAdmPr. XII 332, Krais 344, Seeberger 895 Anm.

[10]) ME. vom 23. Juli 1833 Ziff. 2.

[11]) BlAdmPr. XII 331.

[12]) weshalb die bekannten alten Männer einzuvernehmen sind: BlAdmPr. I 419.

[13]) Das Bezirksamt bestätigt auf Grund des Etats und der Rechnungen der letzten drei Jahre die zu Gebote stehenden Mittel zu den Akten und schätzt

sämtliche Beteiligte[1]) zu vernehmen,[2]) wobei auf die Stellung eines entsprechenden Provisionalantrags hinzuwirken ist[3]) und eventuell eine gütliche Einigung zu versuchen,[4]) zu welchem Zweck eine mündliche Verhandlung angesetzt werden soll.[5]) Auf Grund der abgeschlossenen Instruktion trifft die Regierung nach kollegialer Beratung[6]) Entscheidung.[7]) Kommt sie dabei zu dem Ergebnis, daß nicht sämtliche Voraussetzungen zur Erlassung eines Provisoriums gegeben sind, so lehnt sie das Provisorium ab[8]) und gibt die Entscheidung den Gerichten anheim, zugleich weist sie aber die Kirchenstiftung an, die baupflichtige Person vor dem Zivilrichter zu belangen.[9]) Andernfalls erläßt die Regierung Provisionalbeschluß,[10]) in dem sie über die Konkurrenzpflicht und deren Umfang[11]) befindet[12]) und den für pflichtig Er-

---

hiernach im Suffizienzbeschluß die Leistungsfähigkeit im gegebenen Fall ab. Vgl. dazu oben S. 105 Anm. 6.

[1]) Die Vertretung des Fiskus hat die Regierungsfinanzkammer bzw. das Fiskalat auf Ermächtigung der Regierungsfinanzkammer (Vdg. vom 27. Nov. 1825, Weber II 255). Die Verfügung über die fiskalischen Mittel für das Bauwesen hat die K. Regierung, K. d. J., selbst nach Vernehmung des Fiskalats im Einverständnis mit der Regierungsfinanzkammer, welche bei einer Summe über 4000 Gulden, ausgenommen, wenn die Baupflicht auf Grund des Mandats von 1770 zu leisten ist, an die Genehmigung des Finanzministeriums gebunden ist. (FormVdg. vom 17 Dez. 1825 § 17 i und 120 mit Vdg. vom 27. Nov. 1825; vgl. FME. vom 25. Okt. 1865, Stoll 307). Im Streitfall wird der Fiskus aber durch die Finanzkammer vertreten und die Kammer des Innern, welche also die Forderung ablehnt, entscheidet somit indirekt über ihre eigene Verpflichtung (ME. vom 11. Okt. 1828, Stoll 223, Weber II 453). Ueber die Stellung der Regierungsfinanzkammer: FME. vom 25. Jan. 1822 Ziff. 3; über die Stellung des Fiskus: BlAdmPr. XLV 129, XLVI 43. Der Fiskus ist von der instruierenden Behörde zu vernehmen, später nicht mehr: ME. vom 11. Okt. 1828; über die Vertretung der Kirchengemeinde: Stingl S. 981, Archiv f. kath. Kirchenrecht LXXXVI 676 Anm. 6.

[2]) BlAdmPr. I 344, XII 332, XXIII 137; ME. vom 11. Okt. 1828; Krais S. 344.

[3]) Die oberfr. RE. v. 19. Sept. 1861, welche sich durch besondere Umständlichkeit auszeichnet und daher für eine Dringlichkeitsentscheidung nichts weniger als geeignet ist, verlangt, daß die Distriktspolizeibehörde dahin wirke, daß der Antrag auf Erlassung des Provisoriums nach Inhalt und Form vollständig und korrekt gestellt werde. Nach moderner Anschauung, wo selbst bei einer Beschwerde gegen die Staatsaufsicht aus Art. 10 Ziff. 3 VGG. formlose Erklärung genügt (VGE II 499, XVII 149, XIX 56), wird man sich wohl mit einer einfachen Erklärung begnügen können, es könnte sonst die Dringlichkeit in Frage gestellt werden.

[4]) BlAdmPr. XII 332.

[5]) Obfr. RE. v. 1865; Stoll 298; Krais S. 344.

[6]) ME. v. 23. Juli 1833.

[7]) BlAdmPr. XII 332 mit Gründen: ME. v. 25. Jan. 1822 Ziff. III.

[8]) RBl. 1857 S. 1413.

[9]) ME. v. 23. Juli 1833 u. 9. Aug. 1833; BlAdmPr. XII 333.

[10]) ME. v. 23. Juli 1833, „die entsprechende Verfügung“.

[11]) RBl. 1851 S 948; 1857 S. 1413; bezüglich der Verfahrenskosten: RBl. 1870 S. 19; der Bescheid ist ge-

achteten vorbehaltlich des Rechtswegs zur Vornahme der als notwendig festgestellten Bauvorkehrung anhält.[1])

Gegen diese Entscheidung steht dem Verurteilten die Beschwerde zum Kultusministerium zu,[2]) welcher jedoch eine aufschiebende Wirkung nicht zukommt,[3]) vielmehr tritt sofortiger Vollzug ein. Der Verwaltungsgerichtshof ist in letzter Instanz nicht zuständig.[4])

Die Vollstreckung erfolgt durch die Provisionalbehörde,[5]) in der Regel wird die instruierende Behörde hiermit beauftragt.

Dem Zwangsvollzug geht die Androhung voran,[6]) daß die Bauwendung bei Weigerung der Vornahme auf Kosten des Pflichtigen durch die Polizeibehörde ausgeführt wird. Bei hartnäckiger Weigerung werden die Arbeiten von der Kuratelbehörde vergeben und die Kosten im Weg des polizeilichen Zwangsvollzugs beigetrieben.[7]) Hierbei sich ergebende Differenzen entscheidet die Provisionalbehörde.[8])

Mitteilungen aus der Praxis.

Einiges über das neue Immobiliarvollstreckungsrecht. In der Nummer 3 dieser Zeitschrift hat Herr Oberlandesgerichtsrat Dr. Berg in München Mitteilungen über die Entwickelung des Verkehrs vor dem Grundbuchamte seit Einführung des neuen Grundbuchrechts veröffentlicht und es dürfte nun von Interesse sein, auch einiges darüber zu hören, welche Erfahrungen bisher in der Praxis und speziell beim Amtsgerichte München mit dem gleichzeitig mit dem Grundbuchrechte in Kraft getretenen und in vielen engen Beziehungen zum Grundbuchwesen stehenden neuen Immobiliarvollstreckungsrechte gemacht worden sind.

Zunächst kann gesagt werden, daß sich die in Betracht kommenden Behörden, also die Gerichte und die Notariate, denen in Bayern nach dem AG. zum ZwVG. die Durchführung der Versteigerungen ver-

bührenfrei: GebGes. Art. 3 Ziff. 1; ME. v. 31. Dez. 1848; Weber IV 10; BlAdmPr. XII 336; Krais S. 345.

[1a]) ME. v 23. Juli 1833 Ziff. 2.

[1]) ME. v. 23. Juli 1833 Ziff. 3.

[2]) Vdg. v. 1. Okt. 1830 Ziff. 3; gegen die ablehnende ME. v. 25. Jan. 1822; ME. v. 13 Juni 1827 u. 24. Dez. 1827 (Weber II 396), 27. Nov. 1831; BlAdmPr. II 11; Seydel III 601; Seeberger 896 Anm.

[3]) zit. Vdg. v. 1. Okt. 1830 Ziff. 3; BlAdmPr. II 11, XII 335; Seydel S. 601; Krais 342; ME. v. 25. Jan. 1822 Ziff. III, 13. Juni 1827, 27. Nov. 1831, 23. Juli 1833.

[4]) VGG Art. 13; VGE. II 8, III 144, vgl. III 415, XI 57; Reger-Dyroff S. 312; Stingl S. 977; BlAdmPr. XVII 147; unrichtig Permaneder S. 68.

[5]) RBl. 1851 S. 948, 1857 S. 1413, 1870 S. 19; Krais S. 343; Stingl S. 976.

[6]) RBl. 1857 S. 1413

[7]) RBl. 1857 S 1413; über die Beitreibung oberfr. RE. v. 9. Sept. 1854; Stoll S. 286. Ueber die admin. Vollstreckung bestehen keine näheren Vorschriften. Hier sind die allgemeinen Grundsätze anzuwenden, wie sie in der GemO. Art. 157 u. im PolStGB. Art. 16 ff. enthalten sind.

[8]) RBl. 1857 S. 1413.

blieben ist, ohne Schwierigkeiten in die neuen Bestimmungen gefunden haben, welche übrigens in vielen Punkten wenig oder gar nicht von den Vorschriften der bayerischen Subhastationsordnung abweichen.

Als Beweis hiefür kann wohl bezüglich der Notariate angeführt werden, daß in den fast zwei Jahren, seit denen nunmehr das neue Immobiliarvollstreckungsrecht in München Geltung hat, nur ein einziges Mal Erinnerungen gegen den vom Versteigerungsbeamten erlassenen Zuschlagsbeschluß beim Vollstreckungsgericht erhoben wurden und daß auch diese wieder zurückgenommen wurden, bevor noch das Gericht, welches ohnehin zu ihrer Zurückweisung gelangt wäre, eine Entscheidung getroffen hatte.

Einer der Hauptunterschiede zwischen dem neuen Rechte und der bayerischen SubhO. besteht darin, daß die Versteigerungsbeschlagnahme jetzt nicht mehr die Nutzungen des Grundstücks ergreift und daß der Beschlagnahmegläubiger, wenn er auch diese Nutzungen zu seiner Befriedigung heranziehen will, die zwangsweise Bewirtschaftung des Grundstücks auf dem Wege der Zwangsverwaltung beantragen muß. Die Folge davon ist, daß nunmehr fast immer gleichzeitig mit dem Antrag auf Zwangsversteigerung der Antrag auf Zwangsverwaltung einkommt.[1]) Ueber letztere soll später noch einiges gesagt werden.

Was die für Bayern gänzlich neuen Bestimmungen des ZwVG. anlangt, so ist es praktisch, daß die weitere Beschlagnahme, die jetzt durch Zulassung des Beitritts erfolgt, nicht mehr im Grundbuch eingetragen zu werden braucht, wodurch eine große Zahl von Eintragungs- und Löschungsersuchen an das Grundbuchamt weggefallen ist. Vorteilhaft dürfte es auch vielfach sein, daß die neuen Bestimmungen die Möglichkeit der Vertagung des Termins zur Verkündigung des Zuschlags gewähren. Hierdurch wird dem Meistbietenden sicherlich öfter wie bisher Gelegenheit verschafft, bis zum Zuschlagstermin einen Dritten für das Versteigerungsobjekt zu interessieren und diesem nach § 81 ZwVG. das Eigentum an dem Versteigerungsobjekt zu verschaffen, ohne daß eine weitere Besitzveränderungsgebühr anfällt.

Erheblich vereinfacht gegenüber dem bisherigen bayerischen Recht hat das Reichsgesetz endlich das Zwangsverwaltungsverfahren.

Mit einer Anzahl neuer Bestimmungen des ZwVG. haben sich dagegen wohl wenige bayerische Vollstreckungsrichter befreunden können.

Die größten Schwierigkeiten dürften insbesondere der Praxis bei nur einigermaßen komplizierten Verhältnissen die Bestimmungen der §§ 63, 64 und 112 ZwVG. bereiten, welche über Einzel- und Gesamtausgebot, die Verpflichtung des Gesamthypothekgläubigers, die Gesamthypothek den Einzelausgeboten entsprechend teilen zu lassen, sowie die Bildung von Spezialmassen im Falle des Gesamtausgebots handeln und oft wohl eine glatte und rasche Regelung der durch die Zwangsversteigerung geschaffenen Verhältnisse in der erheblichsten Weise verzögern werden.

In München-Stadt, wo in den meisten Fällen auf einem Grundbuchblatt auch nur ein Grundstück vorgetragen ist und wo, selbst wenn mehrere Grundstücke beschlagnahmt waren, bisher nur ganz vereinzelt die Versteigerung in demselben Verfahren erfolgte,

[1]) Vgl. die statistische Notiz auf S. 52 dieses Jahrg. der Zeitschrift.



sondern fast stets der ausdrückliche Antrag auf Trennung der Verfahren vom Gläubiger gestellt worden war, ist es bis jetzt nur in wenigen und sehr einfach gelagerten Fällen zu einer Anwendung der genannten Gesetzesparagraphen gekommen; es ließ sich jedoch schon erkennen, daß bei verwickelten Fällen und bei Versteigerung einer größeren Anzahl von Grundstücken in denselben Verfahren eine richtige und auch für den Laien noch verständliche Durchführung der mehrerwähnten gesetzlichen Bestimmungen beinahe unmöglich ist.

Sehr geteilter Meinung kann man auch über die Vorschrift des § 124 ZwVG. sein, welche im Falle eines Widerspruchs gegen den gerichtlichen Teilungsplan die sofortige Aufstellung eines Eventualteilungsplanes vorschreibt. Wenn nur von einer Seite und bereits in genau umschriebener Weise Widerspruch gegen den Plan eingelegt wird, mag es noch möglich sein, in dem Eventualplan zu bestimmen, wie die Verteilung im Falle begründeten Widerspruchs sich zu gestalten hat. Ganz ausgeschlossen ist dies aber, wenn von mehreren Seiten, und, ohne daß schon auf Einzelheiten eingegangen wird, Widerspruch gegen den Plan erfolgt. Hier kann der Vollstreckungsrichter alle die möglichen Entscheidungen, welche im Falle von Prozessen über die Widersprüche ergehen können, ganz unmöglich voraussehen und es kann und wird daher trotz des größten Scharfsinnes und trotz der größten Mühe, mit welcher der Eventualteilungsplan aufgestellt wurde, vorkommen, daß der Prozeßrichter eine ganz andere Verteilung anordnet und sonach alle Mühe und Arbeit umsonst aufgewendet war. Vorteilhaft wird es ja manchmal für den Ersteher sein, daß nunmehr trotz eines erfolgten Widerspruchs der Teilungsplan ausgeführt werden und die Besitztitelberichtigung erfolgen kann. Dieser Vorteil wird aber dann, wenn das Bargebot nicht berichtigt ist und daher Uebertragung der Forderung gegen den Ersteher auf die Berechtigten und Eintragung von Sicherungshypotheken erfolgen muß (§ 118 ZwVG.), wieder beseitigt durch den Nachteil, daß das Grundbuch mit teils unbedingten, teils unter Bedingungen eingetragenen Sicherungshypotheken vollgepropft wird, die sicherlich nicht zur Klarheit und Uebersichtlichkeit des Grundbuchs beitragen und allenfallsige Kaufsliebhaber des Grundstücks oder Geldgeber in manchen Fällen von dem Erwerb oder der Belehnung des Grundstückes abhalten werden.

Viele unnötige Arbeit hat auch schon die Bestimmung des § 115 ZwVG. verursacht, daß jeder vor dem Verteilungstermin angemeldete Anspruch, der nicht nach dem Antrag in den Teilungsplan aufgenommen wird, als Widerspruch gegen den Plan zu erachten ist. Es kommt nämlich oft vor, daß Hypothekgläubiger, welche nie auf Berichtigung ihrer Forderung aus dem Meistgebot rechnen können und welche auch nie daran denken, gegen den Teilungsplan Widerspruch einlegen zu wollen, vorsorglich ihre Ansprüche vor dem Verteilungstermin anmelden. Jede solche Anmeldung wird von einem vorsichtigen Vollstreckungsrichter auf Grund des § 115 ZwVG. immer als Widerspruch gegen den Teilungsplan aufgefaßt werden und daher die Aufstellung eines Eventualplanes und gegebenenfalls auch die Eintragung bedingter Sicherungshypotheken zur Folge haben, die dann nur, wenn, wie vorauszusehen war, die einmonatige Klagefrist nach § 878 ZPO. fruchtlos verstrichen ist, wieder gelöscht werden müssen. Es wäre daher vielleicht zweckmäßiger gewesen, entweder wie im Mobiliarverteilungsverfahren (§ 872 ff. ZPO.) ausdrücklich einen, sei es schriftlichen, sei es mündlichen „Widerspruch“ gegen den Teilungsplan zu verlangen oder, wie dies bisher für Bayern galt, vorzuschreiben, daß der Widerspruch nur im Verteilungstermin selbst erhoben werden kann. Die letztere Alternative brächte noch die Möglichkeit, manchen Widerspruch sofort wieder zu beseitigen, da eine Besprechung der Sachlage im Verteilungstermin gewiß des öfteren den Widersprechenden von der Aussichtslosigkeit seines Widerspruchs überzeugen und zu seiner Zurücknahme bewegen würde.

Was die vom ZwVG. in den §§ 143, 144 zugelassene Umgangnahme vom gerichtlichen Verteilungsverfahren angeht, so erfolgt nach den bisherigen Erfahrungen eine Einigung der Beteiligten über die Verteilung des Erlöses (§ 143 l. c.) äußerst selten, sehr häufig findet dagegen die außergerichtliche Ausweisung des Strichschillings nach § 144 a. a. O statt, wobei es von den Erstehern allerdings manchmal unangenehm empfunden wird, daß nunmehr im Gegensatz zur bayerischen SubhO. alle Quittungen und Belege, soweit sie nicht schon an sich öffentlicher Natur sind, öffentlich beglaubigt sein müssen. Obwohl der § 144 ZwVG. nur vorschreibt, daß die Beteiligten von der erfolgten Ausweisung des Strichserlöses zu benachrichtigen sind, wird aus praktischen Erwägungen auch jetzt noch wie früher unter der Geltung der bayerischen SubhO. den Beteiligten der Antrag des Erstehers und der Inhalt des Ersuchens an das Grundbuchamt in Abschrift mitgeteilt und auf diese Weise, welche dem Einzelnen die Nachprüfung der Sach- und Rechtslage ermöglicht, manche Erinnerung gegen den Antrag des Erstehers hintangehalten.

Da der Ersteher und die zum Zuge kommenden Beteiligten wegen der geringeren Gerichtskosten, die die Masse kürzen, wegen der baldigen Besitztitelberichtigung usw. meist ein sehr großes Interesse an einer außergerichtlichen Ausweisung des Strichschillings haben, ist die Bestimmung des ZwVG. in § 144 II, daß auf j e d e Erinnerung eines Beteiligten, mag diese mit Gründen versehen sein oder nicht, Verteilungstermin anzusetzen ist, nicht besonders glücklich. Diese Bestimmung öffnet der Chikane eines böswilligen Schuldners oder eines ausgefallenen Gläubigers Tür und Tor und es kommt sicherlich vor, daß diese Bestimmung auch öfters dazu benützt wird, um auf die Beteiligten, insbesondere den Ersteher, einen Druck auszuüben und pekuniäre Vorteile von ihm zu erlangen. Es sollte deshalb derjenige, der Erinnerungen gegen die außergerichtliche Befriedigung erhebt, diese auch begründen müssen und ferner dem Vollstreckungsrichter die Möglichkeit gegeben sein, offensichtlich unbegründete oder chikanöse Erinnerungen durch Beschluß zurückzuweisen.

Gänzlich ablehnend hat sich bisher die hiesige Praxis gegenüber den Bestimmungen der §§ 60, 61 ZwVG. über Bewilligung von Zahlungsfristen verhalten.

Um noch einiges über die Zwangsverwaltung nach § 146 ff. ZwVG. zu sagen — die hiervon verschiedene Verwaltung nach §§ 25 und 94 ZwVG. kommt äußerst selten vor —, so ist bereits oben angegeben worden, daß die Zwangsverwaltungsbeschlagnahme fast regelmäßig neben der Versteigerungsbeschlagnahme herläuft.

Zu Zwangsverwaltern werden in München regelmäßig nur solche Personen ernannt, welche ihre Befähigung zur Führung des Amtes bereits nachgewiesen haben, es zählen deshalb auch Beschwerden oder Erinnerungen gegen die Amtsführung der Verwalter zu den Ausnahmen.

Von den Verwaltern wird durchgehends vierteljährliche Rechnungslegung verlangt. Es hat dies den Vorzug, daß das Gericht die Tätigkeit der Verwalter besser kontrollieren und Mißstände und unrichtige Verwaltungsmaßnahmen schneller beseitigen kann und ist ferner für die Beteiligten insoferne von Vorteil, als sie öfter von dem Stand der Sache erfahren. Das Honorar der Verwalter wurde bis vor kurzem im Voraus für jeden Tag der Verwaltung bestimmt. Da sich hierbei aber in vielen Fällen ein großes Mißverhältnis zwischen der Höhe der Entlohnung des Verwalters und dem Umfange seiner Tätigkeit ergab, erschien es zweckmäßiger, für die Zukunft die Verwalterhonorare erst bei Beendigung der Verwaltung oder nach Ablauf eines Verwaltungsjahres auf Grund eines vom Verwalter über Art und Umfang seiner Tätigkeit einzureichenden Berichts festzusetzen.

In der Mehrzahl der Verwaltungen ergibt sich die Notwendigkeit zur Aufstellung eines gerichtlichen Teilungsplanes (§ 156 ZwVG.). Streiten läßt sich darüber, ob diese Aufstellung eines Teilungsplanes, solange nicht ein Beteiligter sie ausdrücklich beantragt, nicht ganz unterbleiben könnte, da das Gesetz doch genaue und klare Vorschriften über die Art der Verteilung der Nutzungen enthält, die Verwendung der Nutzungen durch den Verwalter der stetigen Kontrolle des Gerichts und der Beteiligten unterliegt und in den seltensten Fällen außer den laufenden Zinsen der ersten Hypothek weitere Zinsen aus den Anwesenserträgnissen gedeckt werden können.

Das Schreibwerk endlich hat durch das neue Recht eine erhebliche Mehrung erfahren. Schon die doppelte Aktenführung (Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung) trägt zur Erhöhung der Schreibarbeiten bei, noch mehr aber tun dies die vielen für die Zwangsverwaltung vorgeschriebenen Mitteilungen und Zustellungen, wie Benachrichtigung (§ 146 II ZwVG.), Zahlungsverbot (§§ 22, 115 l. c.), die sich alle Vierteljahre wiederholenden Mitteilungen an Gläubiger und Schuldner von der erfolgten Rechnungslegung u. a. m.

Alles in Allem dürfte daher trotz unbestreitbarer Vorzüge des neuen Rechts die Annahme nicht falsch sein, daß mancher bayerische Richter der bayerischen SubhO. in Trauer gedenken wird, wenn diese einmal endgültig zu den Toten zählt.

Amtsrichter Friedrich in München.

Das Kündigungsrecht nach § 570 BGB. steht auch demjenigen zu, der Militärperson, Beamter, Geistlicher oder Lehrer an einer öffentlichen Unterrichtsanstalt noch nicht war, als er mietete. Oberlandesgerichtsrat a. D. Francke tritt in dieser Zeitschrift (S. 478 vor. Jahrg.) dem Urteil des Kammergerichts vom 2. Juli 1906, das sich im Sinne der Ueberschrift aussprach, entgegen, aber m. E. nicht mit Grund:

In der Rechtslehre — die Rechtsprechung hat sich bisher noch nicht bemerkenswert dazu geäußert[1]) — war bis jetzt communis opinio, daß das bevorzugte Kündigungsrecht demjenigen nicht zustünde, der erst nach Eingang und während der Dauer seines Mietvertrags Beamter wurde.

Diese Anschauung wurde, wie die Zusammenstellung von Lippmann in „Bl. f. RA.“ vor. Js. S. 566 beweist, teils ohne Gründe vertreten; teils wurden für sie Gründe vorgebracht, die bei näherem Zusehen wenig stichhaltig sind. Es ist deshalb sehr zu begrüßen, daß das Kammergericht in dem eingangs erwähnten Urteil mit der bisherigen Auffassung gebrochen hat: Der § 570 hat soziale Bedeutung; er ist im öffentlichen Interesse gegeben; er will, kurz gesagt, den Beamten das „Fortkommen“ im eigentlichen und uneigentlichen Sinn erleichtern.

Wie früher schon einmal vom Oberlandesgericht Dresden (Urt. v. 22. Okt. 1903)[1]) zutreffend ausgeführt wurde, schuldet das Gesetz bei den Versetzungen besondere Rücksicht auch dem Beamten selbst, der durch die Anforderung seiner Stellung oft genötigt wird, den Wohnsitz zu ändern, und der nicht immer darauf rechnen kann, für die Kosten des Umzugs entschädigt zu werden.

Ihm die Kündigungsbefugnis des § 570 absprechen, hieße ihn, so wird dort ausgeführt, nach Befinden in die Zwangslage setzen, einer für ihn sonst vorteilhaften Berufung zu entsagen. Das wäre ein Unbilligkeit, deren Härte sich auch dann fühlbar macht, wenn es, wie bei freiwilligen Versetzungen, nicht die vorgesetzte Behörde, sondern zunächst der Wille des Beamten selbst ist, der zu der Berufung Anlaß gibt. Die dienstliche Laufbahn des Beamten bringt es nun einmal mit sich, daß der Kreis der Amtsgeschäfte und damit auch die örtliche Stelle, von der aus die Geschäfte wahrzunehmen sind, von Zeit zu Zeit wechseln. Selbst wer eine unfreiwillige Versetzung an sich nicht zu befürchten hätte, ist doch selten in der Lage, sich an dem Ort seiner ersten amtlichen Dienstleistung auf Lebenszeit niederzulassen. Das Streben, vorwärts zu kommen, seine amtlichen Erfahrungen zu erweitern, oder seine wissenschaftlichen Fähigkeiten auf einem anderen Arbeitsfelde und unter günstigeren Verhältnissen besser zu betätigen, können ihm Grund genug sein, sich von der Stätte seiner bisherigen Wirksamkeit fortzuwünschen, und seine jeweilige Stelle mit einer anderen zu vertauschen.

Die in § 570 BGB. dem Beamten gewährte Vergünstigung soll ihm also die Möglichkeit gewähren, die Beziehungen zur Stätte seiner bisherigen Wirksamkeit leichter zu lösen. Im Interesse der Schaffung einer besseren Existenz soll dem Beamten der Wegzug möglich leicht gemacht werden.

Es sind also soziale Gesichtspunkte, die bei der Gewährung des bevorzugten Kündigungsrechtes mitspielen.

Neben diesen sozialen Momenten laufen aber noch öffentlichrechtliche.

Wie vom Oberlandesgericht Dresden (a. a. O.) ebenfalls betont wurde, fordert es das Bedürfnis des Staates und der staatlichen Verwaltung, daß an jeder Amtsstelle der zur Besorgung der Dienstgeschäfte taugliche Beamte zur Verfügung stehe. Ist ein Amt

---

[1]) Die Ausführungen im reichsgerichtlichen Urteil vom 29. Oktober 1903 (JW. 1903 Beil. 8 S. 147), wurden nur beispielsweise gemacht und können deshalb nicht als ein „Erkenntnis“ des Reichsgerichts erachtet werden.

[1]) Rechtspr. XI S. 316.



erledigt, so muß es neu besetzt werden, und die dazu geeignete Kraft, wenn sie sich am selben Ort nicht befindet, von auswärts berufen werden. Diese Neubesetzung bereitet aber nach Befinden die größten Schwierigkeiten, wenn der dafür in Aussicht genommene Beamte durch einen Mietvertrag von längerer Dauer an seinem alten Wohnsitz festgehalten wird.

Solche Gesichtspunkte, öffentlichrechtliche und soziale, wirken also zusammen, die Lösung der bisherigen Verhältnisse zu einer möglichst leichten zu gestalten. Diese Gesichtspunkte müssen aber auch dazu führen, der Auslegung des § 570 einen möglichst weiten Spielraum zu geben.

Francke (a. a. O.) verlangt für die Anwendung des § 570 die engere Auffassung. Dem kann nicht beigetreten werden. Freilich ist § 570 ein Sondergesetz, aber ein Sondergesetz, das Wohltaten austeilen will, und zwar, wie wir gesehen haben, aus Gründen der Rücksichtnahme einerseits auf die Allgemeinheit, den Staat, und anderseits auf den Einzelnen, den Beamten. Diese Zweckbestimmung des § 570 verbietet aber, ihn eng auszulegen.

Francke kommt zu seinem Ergebnis auf Grund der Entstehungsgeschichte des § 570, die ergebe, daß das Recht des § 570 wegbedungen werden könne; es sei also als Vermieter des § 570 nur jemand gedacht worden, der um die Beamteneigenschaft des Mieters wußte. Selbst die Richtigkeit dieser Untersuchung zugegeben, so kann sie doch an unserer obigen Anschauung nichts ändern. Ebensowenig wie die Ausführungen der Herausgeber der „Rechtsprechung der Oberlandesgerichte" zu dem mehrerwähnten Urteil.[1])

Dort wird ebenfalls auf Grund der Entstehungsgeschichte und auf Grund des Wortlautes des § 570 das oberlandesgerichtliche Erkenntnis für nicht zutreffend erachtet.

Aber gerade der Wortlaut ist für die gegenteilige Meinung nicht zu verwerten. Das Gesetz gibt allen „Militärpersonen, Beamten . . . . ." das Recht der bevorzugten Kündigung; es unterscheidet nicht zwischen solchen Beamten, die bei Eingehung des Mietverhältnisses schon Beamte waren und solchen, die es erst während der Mietzeit wurden: das Gesetz zählt einfach die Beamtenkategorien auf, die günstiger gestellt werden sollten; es gibt den Beamten, die versetzt werden, das Recht der bevorzugten Kündigung. Es heißt, in das Gesetz etwas hineinlegen, was nicht drin steht, wenn das Gesetz dahin ausgelegt wird, daß in ihm nur die Beamten gemeint sind, die schon bei der Eingehung des Mietvertrages eine Beamtenstellung inne hatten.

Nötigt der Wortlaut eines Gesetzes nicht zu einer einengenden Auslegung, so ist auch eine solche Auslegung zurückzuweisen, auch dann, wenn etwa aus den Motiven und aus den Gesetzgebungsverhandlungen einige Gründe für die andere Auslegung herbeigeholt werden könnten; denn ubi lex non distinguit, nec nostrum est distinguere! Daß der Wortlaut des Gesetzes selbst für die Verweigerung des bevorzugten Kündigungsrechtes spricht, wie die Herausgeber der „OLGRspr." meinen, kann nicht anerkannt werden.

Auch wenn man in dem Relativsatz das „sie" durch Militärpersonen ꝛc. ꝛc. ersetzt oder wenn man die Worte „in Ansehung der Räume" an den Anfang der Vorschrift setzt, so bleibt der Sinn immer der gleiche; es ergibt sich keineswegs, daß die Militärperson als solche den Vertrag über die Räume für sich oder seine Familie geschlossen hat. Auch aus dieser Fassung wäre übrigens nichts anderes zu entnehmen, als daß eben der Beamte, der die Räumlichkeiten für sich oder seine Familie gemietet hat, diese wieder kündigen kann. Daß er schon zur Zeit der Eingehung des Mietvertrags Beamter gewesen sein muß, sagt auch dieser Wortlaut nicht. Das wäre nur dann anzunehmen, wenn es hieße: „in Ansehung der Räume, welche sie als Militärperson, Beamte . . .". Eine solche Fassung wird aber auch von der Gegenseite nicht in Vorschlag gebracht.

Es sprechen also innere wie äußere Gründe für die Anschauung des Kammergerichts. Diese Anschauung fußt auf der den Beamten günstigen Auslegung des Gesetzes, wird dadurch der Zweckbestimmung des § 570 gerecht und dürfte daher wohl „richtiges Recht" sein. Es ist ein Stück „sozialer Praxis", das in dem kammergerichtlichen Urteil zum Ausdruck kommt.

Notar Dr. Dennler in Lauf.

Ist die Ausgleichungspflicht bei der Erbteilung unter Stiefgeschwistern, wenn ein Einkindschaftsvertrag nach Würzburger Recht vorliegt, nach dem alten oder neuen Rechte zu beurteilen? Diese Frage hat in der Rechtsprechung eine verschiedene Beantwortung gefunden. Es liegen zwei sich widersprechende Entscheidungen des gleichen Gerichtes, des OLG. Bamberg, vor. Die erste Entscheidung vom 17. Jan. 1903, abgedruckt in den Entscheidungen des Bayer. ObLG. n. F., Bd. 4 S. 963, spricht sich für die Anwendung des bisherigen Rechtes, die zweite vom 19. Mai 1906, abgedruckt in Bd. 2 S. 466 dieser Zeitschrift, für die des neuen Rechtes aus.

Der ersten Entscheidung ist aus folgenden Gründen der Vorzug zu geben: In Art. 200 EG. z. BGB. sind die bisherigen Gesetze für den Güterstand einer zur Zeit des Inkrafttretens des BGB. bestehenden Ehe als noch weiterhin maßgebend erklärt und im Anschlusse hieran die Vorschriften über die erbrechtlichen Wirkungen des bisherigen Güterstandes aufrecht erhalten worden. Welche erbrechtlichen Wirkungen durch einen Güterstand bedingt sind, ist nach dem bisherigen Rechte zu beurteilen. Zu den erbrechtlichen Wirkungen der Einkindschaftung nach Würzburger Recht gehören nun jedenfalls die Erbrechte der eingekindschafteten Stiefkinder an dem gütergemeinschaftlichen Vermögen der Ehegatten, die den Einkindschaftsvertrag abgeschlossen haben. Da der Inhalt dieser Erbrechte sich nach dem alten Rechte bemißt und die gesetzliche Ausgleichungspflicht von wesentlicher Bedeutung für diesen Inhalt ist, so ist folgerichtig auch die Ausgleichungspflicht nach den Bestimmungen des bisherigen Rechtes zu beurteilen.

An diesem durch das EG. z. BGB. geschaffenen Rechtszustande ist auch durch das bayer. UeG. z. BGB. nichts geändert worden. Die Art. 72, 73 UeG. lassen mit voller Sicherheit das Prinzip des Gesetzgebers erkennen, die vermögensrechtliche Stellung, die das bisherige Recht den eingekindschafteten Stiefkindern verlieh, in ihrem vollen Umfange aufrecht zu erhalten; in Art. 72 des Gesetzes, der die eigentlichen Ueberleitungsbestimmungen enthält, ist die Anwendung aller Vorschriften des neuen Rechtes ausgeschlossen, die zu dem Institute der Einkindschaftung nicht passen,

[1]) Rechtspr. XIII S. 377.

z. B. insbesondere der Bestimmungen des BGB. über die Auseinandersetzung des Gesamtgutes der Gütergemeinschaft für die Dauer des Einkindschaftsverhältnisses, d. i. solange die vereinkindschafteten Abkömmlinge nicht abgeschichtet sind.

Die zweite Entscheidung beruht vor allem auf einer irrtümlichen Auslegung des Art. 73 UeG. Nach diesem Artikel bleiben die bisherigen Vorschriften maßgebend, wenn zur Zeit des Inkrafttretens des BGB. eine eheliche Gütergemeinschaft aufgehoben war oder zu dieser Zeit fortgesetzte Gütergemeinschaft bestand.

Die Entscheidung behauptet nun, daß von einer Fortsetzung der Gütergemeinschaft nicht gesprochen werden könne, wenn vor dem 1. Januar 1900 durch das Ableben eines Ehegatten die Vereinigung des Vermögens in der Hand des überlebenden Ehegatten eingetreten sei, daß alsdann die Gütergemeinschaft als aufgehoben angesehen werden müsse und daß die Bestimmungen des Art. 73 dann nur mehr auf das zwischen dem überlebenden Ehegatten und den noch nicht abgeteilten Kindern bestehende Verhältnis bezogen werden könnten, auf die Auseinandersetzung des Vermögens unter den Stiefgeschwistern nach dem Ableben des überlebenden Ehegatten aber nicht anwendbar seien. Die Frage aber, ob in diesem Falle von einer Aufhebung der Gütergemeinschaft gesprochen werden kann, muß nach der Auffassung und dem Sprachgebrauch des bisherigen Rechtes beantwortet werden. Dieses verstand aber unter der Aufhebung der Gütergemeinschaft nur die Lösung der zwischen den Eltern und ihren rechten und eingekindschafteten Kindern bestehenden vermögensrechtlichen Beziehungen, die hauptsächlich durch die sogenannte Grundteilung oder durch den Tod des überlebenden Elternteiles eintritt. Die durch das Ableben eines Ehegatten eintretende, — übrigens durchaus nicht allgemein anerkannte — Vereinigung des gütergemeinschaftlichen Vermögens in der Hand des überlebenden Ehegatten wurde nicht als Aufhebung der Gütergemeinschaft bezeichnet, wie das von Schellhas, Seite 103, aufgestellte Verzeichnis der Fälle der Beendigung der Gütergemeinschaft hinlänglich beweist. Dort ist als Grund der Beendigung der Gütergemeinschaft u. a. das Ableben des überlebenden Ehegatten angegeben. Es wurde und wird auch heute noch, wenn es auch nach der herrschenden Theorie nicht vollkommen korrekt ist, das Verhältnis des überlebenden Ehegatten zu den vorhandenen leiblichen und eingekindschafteten Abkömmlingen als fortgesetzte Gütergemeinschaft bezeichnet. Auch in dem ersten angeführten Urteile, das die Vereinigung des Vermögens in der Hand des überlebenden Ehegatten gleichfalls behauptet, findet sich dieser Ausdruck. Folgt man diesem Sprachgebrauch, so hat der Art. 73 in Anwendung auf das Würzburger Recht folgenden Sinn:

Ist zur Zeit des Inkrafttretens des BGB. die Gütergemeinschaft durch Grundteilung aufgehoben worden, so hat es bei den Wirkungen dieser Grundteilung sein Bewenden; ist ein Ehegatte schon vor dem 1. Januar 1900 gestorben und hat eine Grundteilung nicht stattgefunden, so wird die Gütergemeinschaft als fortgesetzt angesehen und die bisherigen Vorschriften bleiben gleichfalls maßgebend. Hiernach haben also, wenn es nach dem Ableben des überlebenden Ehegatten zur Auseinandersetzung kommt, die Stiefgeschwister das zu erhalten, was ihnen nach den Bestimmungen des bisherigen Rechtes zukommt.

Art. 73 regelt, wie oben schon erwähnt, die Fälle, in denen ein Ehegatte schon vor dem 1. Januar 1900 gestorben ist. Haben am 1. Januar 1900 noch beide Ehegatten gelebt, so kommt Art. 72 zur Anwendung und dieser bestimmt in Absatz II, daß, soweit nicht Absatz I eine Aenderung anordnet, die bisherigen Gesetze, insbesondere in Ansehung der rechtlichen Stellung der vereinkindschafteten Kinder, maßgebend bleiben. Damit ist die vermögensrechtliche Stellung, die den eingekindschafteten Kindern nach dem bisherigen Rechte zukam, aufrecht erhalten worden. Findet daher erst nach dem Ableben des überlebenden Ehegatten die Vermögensauseinandersetzung statt, so bemißt sich der Anteil der eingekindschafteten Kinder an dem Nachlasse nach den bisherigen Vorschriften und es ist für eine Anwendung der Ausgleichsvorschriften des BGB. kein Raum. Wäre die in der zweiten Entscheidung vertretene Auffassung des Art. 73 richtig, so würde zwischen den beiden Fällen ein Widerspruch bestehen, der vom Gesetzgeber unmöglich gewollt sein kann.

Zum Schlusse mag noch darauf hingewiesen werden, daß die Uebergangsbestimmungen keine Vorschrift hinsichtlich einer nach dem 1. Januar 1900 stattfindenden Grundteilung enthalten und diese daher allein nach den Vorschriften des bisherigen Rechtes zu vollziehen ist. Ein Grund, die Ausgleichungspflichten bei der Teilung des Vermögens nach dem Ableben des überlebenden Ehegatten anders zu bestimmen, bestand aber für den Gesetzgeber gewiß nicht. Liegt ein Einkindschaftsvertrag nach Würzburger Recht vor, so wird die Ausgleichungspflicht, da das Würzburger Recht besondere Bestimmungen hierüber nicht enthält, durch die Vorschriften des subsidiär geltenden gemeinen Rechtes und nicht durch die des BGB. bestimmt.

Notar Steinbach in Neustadt a. S.

Aus der Praxis der Gerichte.

Reichsgericht.

A. Zivilsachen.

I.

§ 157 BGB. Bedeutung des Begriffes „Beteiligung" in Konkurrenzklauseln. Fällt darunter auch eine unentgeltliche und nur gelegentliche Tätigkeit in einem Konkurrenzgeschäfte? Aus den Gründen: Die Gegenforderung des Beklagten ist auf § 7 des Gesellschaftsvertrages gestützt, der lautet: „Der ausscheidende Gesellschafter darf . . . im Regierungsbezirk L. weder ein Konkurrenzgeschäft eröffnen, noch übernehmen, noch sich an einem solchen in irgend einer Weise beteiligen". Es ist unstreitig, daß ein Bruder des Klägers schon während des Bestehens der Gesellschaft in L. ebenfalls eine Gelbgießerei betrieb, die mit der des Beklagten in Wettbewerb stand. Der Beklagte behauptet, daß der Kläger nach dem Erlöschen der Gesellschaft für das Geschäft seines Bruders tätig gewesen sei, indem er sich bemüht habe, bei Wirten Bestellungen auf Bierdruckapparate — den Hauptartikel beider Geschäfte — für seinen Bruder zu erlangen. Für diese seine Bemühungen sei er auch entschädigt worden. Das OLG. stellt fest, daß kein Beweis dafür erbracht sei, daß der Kläger von seinem Bruder für die Förderung seines Absatzes Vermögensvorteile zugewendet erhalten oder solche auch nur erstrebt habe. Ohne materielle Vorteile aber entfalle der in dem Vertrage aufgestellte

Begriff der Beteiligung. Es ist zuzugeben, daß das Argument des OLG. zu Bedenken Anlaß gibt. Das Reichsgericht hat wiederholt Gelegenheit gehabt, sich über den in Konkurrenzklauseln häufig verwerteten Begriff der Beteiligung an dem Geschäfte eines andern auszusprechen (vgl. Sächs. Archiv 1898 S. 117 und Entsch. in ZS. Bd. 40 S. 97). Gegenüber den Grundsätzen, die in diesen Entscheidungen aufgestellt sind, hätte es einer näheren, aus der konkreten Sachlage geschöpften Begründung bedurft, wenn die Forderung auf die Vertragsstrafe nur deshalb abgelehnt werden sollte, weil der Kläger für seine Tätigkeit kein Entgelt bezogen habe. Gleichwohl kann dieses Bedenken nicht zur Aufhebung des Urteils führen. Wie sich aus den angeführten Urteilen ergibt, ist man davon ausgegangen, und hieran ist auch jetzt festzuhalten, daß der Begriff der Beteiligung an einem Geschäfte zwar auch eine persönliche, selbst unentgeltliche Tätigkeit mitumfaßt, aber doch nur eine fortgesetzte, auf die Dauer berechnete Tätigkeit. Davon aber kann hier keine Rede sein. Aus den vom Beklagten aufgestellten Behauptungen erhellt, daß es sich nur um einzelne Fälle handelt, in denen der Kläger bei persönlichen Bekannten oder bei Geschäftsfreunden gelegentlich das Geschäft seines Bruders empfohlen hat. Das ist keine „Beteiligung" im Sinne des Vertrages (Urt. des I. ZS. vom 19. November 1906, I 144/06). D.

813

II.

Zu § 162, 242 BGB., § 282 ZPO. 1. **In der Regel erfordert § 162 BGB. positives Tun zur Vereitelung der Bedingung; auch bloße Fahrlässigkeit genügt nicht und es muß ebensoursächlicher Zusammenhang zwischen der Handlung und der Vereitelung der Bedingung bestehen.** 2. **Ueber ganz innerliche Vorgänge, z. B. die Gründe, aus denen die Mitglieder einer Behörde so oder so gestimmt haben, ist Beweis nicht zulässig.** Ein Kaufvertrag war unter der Bedingung geschlossen, daß der Käufer eine Gewerbekonzession erhalte. Diese wurde versagt. Als der Käufer auf Zurückzahlung des Kaufpreises klagte, wurde ihm entgegengehalten, daß er die Erteilung der Konzession selbst vereitelt habe. Dieser Einwand wurde nicht für begründet erachtet.

Aus den Gründen: Der B.R. stellt in tatsächlicher Beziehung fest, daß der zwischen den Parteien geschlossene Kaufvertrag dem Käufer irgend welche Verpflichtungen, besondere Bemühungen zur Erlangung der Konzession anzustellen, nicht auferlege. Sodann wird die Frage, ob der zweifellos die Nichterteilung der Konzession bezweckende Brief des Klägers vom 17. Mai 1903 den beabsichtigten Einfluß ausgeübt habe, auf Grund der Bekundung des als Zeugen vernommenen Kreisausschußvorsitzenden verneint, weil darnach als erwiesen angesehen werden müsse, daß die Versagung der Konzession wegen der Vorstrafen des Klägers erfolgt sei und daß der Kreisausschuß auch ohne den Brief zu derselben Entscheidung gelangt sein würde. Mit Rücksicht hierauf bedürfe es nicht noch der von dem Beklagten beantragten Vernehmung der übrigen Kreisausschußmitglieder über die Gründe der Versagung. Das seien Gewissensfragen, über die die einzelnen Kreisausschußmitglieder kaum sich selbst, geschweige denn dem Gericht gegenüber unter Eideszwang Rechenschaft zu geben imstande sein dürften. Die Behauptung, daß die Konzession nicht versagt sein würde, falls der Brief nicht vorgelegen hätte, sei vom Kläger nicht aufgestellt und müßte nach dem Ergebnis der sonstigen Beweisaufnahme als widerlegt angesehen werden. Endlich bilde auch der Umstand, daß der Kläger die Anfechtung der Entscheidung des Kreisausschusses im Rechtsmittelzuge unterlassen habe, keinen Verstoß gegen Treu und Glauben, da Kläger durch das in dieser Beziehung vom Beklagten ihm gegenüber betätigte Verhalten des Glaubens sein konnte, daß dieser auf Rechtsmitteleinlegung kein Gewicht lege. Diese Ausführungen sind rechtlich bedenkenfrei; namentlich kann nicht, wie die Revision will, von einer Verletzung des § 242 BGB. deshalb die Rede sein, weil der Kläger nach Treu und Glauben sich nicht auf die bloße Einreichung des Konzessionsgesuchs hätte beschränken dürfen, sondern auch an den zur Erlangung der Konzession anzustellenden weiteren Bemühungen sich in geeigneter Weise hätte beteiligen müssen. Denn es ist festgestellt, daß der Kläger vertragsmäßig hierzu nicht verpflichtet war und daß auch die Unterlassung weiterer Bemühungen auf die schließliche behördliche Entscheidung ohne Einfluß geblieben ist. — Der das Gesuch zurückweisende Bescheid des Kreisausschusses bezeichnet als Zurückweisungsgrund ausdrücklich die Vorstrafen des Klägers. Eine Behauptung dahin, diese Begründung sei unrichtig, in Wirklichkeit sei die Zurückweisung aus einem andern Grunde erfolgt, ist vom Beklagten nicht aufgestellt. Es bliebe also für eine Vernehmung der Kreisausschußmitglieder nur insofern Raum, als sie befragt werden könnten, wie sie einzeln zur Sache gestimmt und aus welchen Beweggründen sie sich für die Stimmabgabe in dem einen oder andern Sinne entschieden haben. Das sind aber, wie der Berufungsrichter zutreffend bemerkt, rein innere Vorgänge, die nicht zum Gegenstand einer Beweisaufnahme gemacht werden können. (Urt. d. V. ZS. v. 12. Dez. 1906, V 169/06). — — — r.

779

III.

Bedeutung der Vorschrift des § 181 BGB. im Wechselrechte. Die Klägerin ist Inhaberin eines Wechsels, ausgestellt am 8. November 1904, gezogen von Robert Bax auf die Beklagte (eine Aktiengesellschaft), angenommen durch den Vermerk „Aktiengesellschaft ... (folgt die Firma der Beklagten) ... Bax", zahlbar an die Ordre des Ausstellers. Auf der Rückseite trägt der Wechsel das Blankoindossament „Robert Bax", dann das Indossament der Klägerin und noch zwei weitere Indossamente. Nach Protestation des Wechsels verlangte die Klägerin im September 1905 von der Beklagten die Wechselsumme. Unstreitig ist der „Bax", dessen Name unter dem Akzeptvermerke steht, dieselbe Person, wie der Aussteller. Dieser Bax ist bis zum 19. Juni 1905 Vorstand der Beklagten gewesen. Die Beklagte wendete ein, Bax habe keinen gültigen Wechselbegebungsvertrag mit sich selbst schließen können; ferner habe er den Wechsel erst nach dem 19. Juni 1905 bezüglich des Betrags ausgefüllt, zu jener Zeit sei er zur Ausfüllung des Wechsels nicht mehr befugt gewesen und nach § 181 BGB. habe er auch nicht vermocht, sich selbst gültig zur Ausfüllung des Wechsels zu ermächtigen. Das OLG. verurteilte die Beklagte zur Zahlung der Wechselsumme. Die Revision wurde zurückgewiesen.

Aus den Gründen: Die verpflichtende Kraft eines Wechselakzepts gegenüber dem dritten Wechselinhaber beruht nicht auf dem Vertragsverhältnisse zwischen dem Aussteller und dem Bezogenen, ist vielmehr davon ganz unabhängig. Deshalb kann hier aus dem Umstande, daß Bax einen von ihm persönlich auf die Beklagte gezogenen Wechsel an eigene Ordre in Vertretung der Beklagten akzeptiert hat, auf Grund des § 181 BGB. keine weitere Rechtsfolge abgeleitet werden, als die, daß Bax selbst eine gültige Forderung aus dem Wechsel nicht erwarb, sofern ihm nicht der Aufsichtsrat der Beklagten (§ 247 HGB.) die Wechselakzeptierung gestattet hatte. Der Gültigkeit der Wechselforderung der Klägerin steht jener Umstand nicht entgegen. Zu einem anderen Ergebnisse gelangt man aber auch dann nicht, wenn man in Betracht zieht, daß Bax vor dem Erlöschen seiner Befugnis zur Vertretung der Beklagten den Wechsel nur als Blanko-

akzept ausgestellt hatte und erst hinterher die Wechselsumme hineingesetzt hat. Allerdings konnte er auch vor dem Erlöschen seiner Vertretungsbefugnis nach der Vorschrift des § 181 sich nicht selbst in Vertretung der Beklagten die Ermächtigung zur demnächstigen Ausfüllung des Blankoakzepts erteilen. Daraus folgt jedoch wiederum zunächst nicht mehr, als daß für Baz selbst ein Recht aus dem ausgefüllten Wechselakzepte nicht entstand. Was seinen Rechtserwerb hinderte, hinderte nicht ohne weiteres auch den der Klägerin. Es kommt darauf an, ob die Klägerin bei dem Erwerbe des Wechsels in gutem Glauben war. (Es folgt die Ausführung über diese Frage). (Urt. des I. ZS. vom 24. November 1906). ——— n.

800

IV.

Lagergeschäft. (§§ 417, 390 HGB. u. § 282 BGB.; Art. 365 AdHGB.). Wird die dem Lagerhalter übergebene Sache im Lagerraum durch Feuchtigkeit beschädigt, so kann von dem Einlagernden weder nach jetzigem noch nach früherem Rechte verlangt werden, daß er zur Begründung seines Anspruchs auf Schadensersatz dartut, die Sache sei zur Zeit der Einlagerung noch trocken gewesen.

Aus den Gründen: Die Parteien streiten darüber, ob der Schaden, den das aufbewahrte Gemälde erlitten hat, darauf zurückzuführen ist, daß der Lagerraum ungeeignet war, oder darauf, daß das Gemälde zur Zeit der Einlagerung feucht war. Vom Berufungsgericht ist festgestellt, daß der Lagerraum, weil nicht ganz trocken und ungenügend gelüftet, zur Aufbewahrung von Gemälden sich nicht eignete. Gleichwohl weist es die Klage ab, weil von den Klägern der Beweis nicht erbracht sei, daß das Gemälde sich bei der Einlagerung in ordnungsmäßigem, d. h. trockenem Zustande befunden habe. Dieser Grund kann die Entscheidung nicht tragen. Denn wenn man unterstellen würde, daß das Gemälde zur Zeit der Einlagerung feucht war, anderseits aber anzunehmen wäre, daß der Lagerhalter es an der nötigen Sorgfalt hatte fehlen lassen, dann müßte doch noch gefragt werden, ob es nicht bei pflichtmäßigem Handeln des Lagerhalters ungeachtet der vorhandenen Feuchtigkeit keinen oder nur einen geringeren Schaden genommen haben würde. Es durfte aber ferner von den Klägern der Beweis, den das OLG. für nicht geführt hält, überhaupt nicht verlangt werden. Die Kläger mußten nur beweisen, daß das Gemälde bei der Einlagerung unbeschädigt war. Steht fest, daß die Beschädigung während der Aufbewahrung eingetreten ist, dann haftet der Lagerhalter für den Schaden, sofern er nicht dartut, daß die Beschädigung ihre Ursache in einem Umstande hat, für den er nicht verantwortlich ist. In den Bereich dieses ihm obliegenden Beweises fällt die Hebung des Zweifels, ob der Schaden durch eine bei der Einlagerung vorhanden gewesene Feuchtigkeit des Gemäldes, also durch „inneren Verderb“, entstanden ist; bloße Feuchtigkeit macht das Gemälde noch nicht zu einem beschädigten, sondern war nur ein Zustand, durch den es beschädigt werden konnte. Daß die Beweislast so zu verteilen ist, würde sich für das heutige Recht aus §§ 417, 390 HGB. (vgl. auch § 456 HGB.) und aus § 282 BGB. ergeben und ergibt sich für das frühere Recht aus den allgemeinen Grundsätzen des Gemeinen Rechts über die Beweislast und aus Art. 367 AdHGB.; was nach Art. 367 für den Kommissionär galt, mußte auch für den Lagerhalter gelten. Hervorzuheben ist, daß ein Beweis, wie er dem Lagerhalter hier zugemutet wird, auch durch den Nachweis geführt werden kann, daß nach Lage der Umstände der Schaden sich auf eine andere als die nicht zu vertretende Ursache nicht zurückführen lasse. (Urt. des I. ZS. vom 3. November 1906). —— n.

804

B. Strafsachen.

I.

Zum Begriffe der fahrlässigen Verschuldung (§ 222 StGB.). Der Angeklagte, ein Gefängnisaufseher, hatte mehrere mit Baggerarbeiten beschäftigte Strafgefangene zu beaufsichtigen. Auf ihre Bitte erteilte er ihnen die Erlaubnis zum Baden, obwohl er wußte, daß der Fluß tiefe, für Nicht-Schwimmer gefährliche Stellen hatte. Ein Gefangener, der nicht schwimmen konnte und trotz der Warnung eines Mitgefangenen badete, ertrank. Die Verurteilung aus § 222 Abs. 1 StGB. wird darauf gestützt, daß der Angeklagte die Erlaubnis zum Baden ohne Beschränkung auf die des Schwimmens kundigen Gefangenen gegeben hat. Dabei wird aber festgestellt, daß der Angeklagte die Pflichten, die ihm sein Amt auferlegte, nicht verletzt habe, da diese nicht dahin gingen, die Gefangenen vor eigener Unvorsichtigkeit zu schützen; er habe auch nicht die für ihn maßgebenden Vorschriften durch die Erlaubnis zu baden verletzt, sondern „nur die jedermann obliegende Pflicht außer Acht gelassen, ohne stichhaltigen Grund keine Handlung vorzunehmen, die den Tod eines andern erkennbar zur Folge haben könnte.“ Bei der Aufstellung dieses an sich richtigen Grundsatzes wird übersehen, daß das dem Angeklagten zur Last zu legende Schuldmoment nicht in einer positiven Handlung, sondern nur in der angeblich pflichtwidrigen Unterlassung besteht, der an sich zulässigen Badeerlaubnis die obenerwähnte Beschränkung beizufügen. In einer Unterlassung kann nur dann eine die strafrechtliche Verantwortlichkeit begründende Schuld gefunden werden, wenn eine Pflicht zum Handeln besteht. Dies scheint auch nicht verkannt zu sein. Aber rechtsirrig ist die Annahme, es bestehe für jedermann ohne Unterschied die Verpflichtung zum Handeln, wenn man dadurch einen andern in erkennbarer Weise vor Schaden bewahren kann. Eine derartige allgemeine Verpflichtung zur Verhütung eines Schadens besteht nicht und kann nicht allgemein aus den gegenseitigen rechtlichen Beziehungen der Menschen abgeleitet werden. Vielmehr bedarf es der Feststellung einer besonderen Schutz- oder Fürsorgepflicht, wenn aus einem Nicht-Tätigwerden ein die strafrechtliche Verantwortlichkeit für einen Schaden begründendes Verschulden gefolgert werden soll. Eine derartige Pflicht ist hier nicht nur nicht nachgewiesen, es ist vielmehr betont, daß sie sich aus der Stellung des Angeklagten als Gefangenenaufseher nicht ergebe.

. . . Im übrigen ist noch darauf hinzuweisen, daß der ursächliche Zusammenhang entfällt, wenn sich der Erfolg auch bei pflichtmäßigem Verhalten des Angeklagten nicht hätte vermeiden lassen. Deshalb war die Feststellung geboten, daß bei der Beschränkung der Erlaubnis auf die des Schwimmens Kundigen die Nicht-Schwimmer nicht gebadet hätten. Aus dem Hinweise darauf, daß die Gefangenen dem Angeklagten zum Gehorsam verpflichtet waren, ist dies nicht ohne weiteres zu entnehmen. . . . (Urt. d. V. StS. vom 20. November 1906. 5 D 617/06). ——— e —

746

II.

Rüge der Verletzung des § 79 StGB. Nach dem Inhalte des Protokolls und des Urteils war der Strafkammer zur Zeit der Urteilsfällung zwar bekannt, daß sich der Angeklagte in Strafhaft befinde und von einem inländischen Gerichte rechtskräftig zu einer Freiheitsstrafe verurteilt sei. Die darauf bezüglichen Akten haben ihr aber in der Hauptverhandlung nicht vorgelegen. Sie hatte daher von Zeit und Inhalt der Verurteilung keine weitere, hinreichend zuverlässige Kenntnis und wußte insbesondere nicht, ob die erkannte Strafe etwa selbst eine Gesamtstrafe war und aus welchen Einzelstrafen sie sich gegebenenfalls zusammensetzte. Unter diesen Umständen hätte die Straf-

kammer zur Bildung einer Gesamtstrafe nicht anders als unter Aussetzung der Hauptverhandlung zum Zwecke der Heranziehung der bezüglichen Akten gelangen können. Bei solcher Lage durfte sie von der Festsetzung einer Gesamtstrafe absehen und deren nachträgliche Bildung dem Verfahren nach § 492 StPO. vorbehalten (Entsch. d. RG. Bd. 34 S. 267). (Urt. d. V. Straff. v. 15. Jan. 1907. 5 D 835/06).

796 — — — e —

III.

Gesamtstrafe. (§ 74 Abs. 3 StGB.). Nach dem Urteile sind für die erste Tat 6 Wochen = 42 Tage Gefängnis, für die zweite und dritte je 10 Tage, sohin zusammen 62 Tage Gefängnis festgesetzt; die Gesamtstrafe ist auf zwei Monate Gefängnis bemessen. Würde deren Vollstreckung nun im Dezember oder Juli begonnen werden, so müßten bei ununterbrochenem Strafvollzuge die zu vollstreckenden zwei Monate im ganzen 2×31=62 Tage umfassen. Das Maß der Gesamtstrafe würde daher in diesen Fällen den Betrag der verwirkten Einzelstrafen erreichen. Die Art, wie die Gesamtstrafe gebildet wurde, entspricht daher nicht unbedingt der maßgebenden Vorschrift des § 74 Abs. 3 StGB. Das Urteil war daher in Ansehung der Gesamtstrafe . . . aufzuheben. (Urt. d. V. StS. vom 2. Januar 1907. 5 D 771/06).

795 — — — e —

IV.

Beleidigung durch Postkarten, die vom Geschäftspersonale nach der ein für allemal getroffenen Anordnung des angeklagten Geschäftsherrn übersandt worden sind (§ 185 StGB.). Der Angeklagte, der Inhaber einer Handelsauskunftei und eines Inkassobureaus ist, hatte ein für allemal seine Angestellten angewiesen, daß sie, wenn die erste Zahlungsaufforderung erfolglos geblieben war, dem säumigen Schuldner in bestimmten Zwischenräumen bis zur Zahlung vier vorrätig gehaltene, verschieden gefärbte Postkarten offen durch die Post übersenden sollten. Jede dieser Postkarten enthielt eine erneute Mahnung an den Schuldner und die zweite bis vierte überdies den großgedruckten Vermerk „Einziehung fauler Forderungen". Der erwähnten Weisung entsprechend hatte der Lehrling des Angeklagten auch den schuldnerischen Eheleuten A. jene vier formularmäßigen Postkarten übersandt, die denn auch in ihre Hände gelangten. Seine Verurteilung wegen öffentlicher Beleidigung der Eheleute A. greift der Angeklagte mit der Behauptung an, der Erstrichter habe die Begriffe Täterschaft und Vorsatz verkannt. Der Erstrichter hat festgestellt, daß es von vorneherein die Absicht des Angeklagten war, die Empfänger der Postkarten jedem Leser gegenüber in den Verdacht zu bringen, daß sie „faule Schuldner" seien, und sie so herabzusetzen, und daß der Angeklagte, der die Absendung an jeden säumigen Schuldner ein für allemal angeordnet hatte, hiernach auch die Absendung der Karten an die Eheleute A. gewollt und bewirkt hat. Die Karten bildeten eine vom Angeklagten für sein Geschäft getroffene Einrichtung und wurden auf seine Anordnung zu dem von ihm ein für allemal genau bezeichneten Zwecke dem Geschäftspersonale zur Verfügung gestellt. Ihre Absendung erfolgte für die Zwecke seines Geschäfts und war nichts anderes als die seiner Anordnung und seinem Willen entsprechende Aeußerung des eigenen Geschäftsbetriebs. Ob der Lehrling Mittäter, Gehilfe oder bloßes Werkzeug war, kann auf sich beruhen, da die einwandfrei festgestellte Frage der Täterschaft des Angeklagten davon nicht berührt wird. Das Rechtsmittel war daher zu verwerfen. (Urt. d. V. StS. vom 15. Januar 1907. 5 D 846/06).

794 — — — e —

V.

Zu Nr. 56 der Ausführungsbestimmungen zum RStempG. Die Revision ist begründet, soweit die Angeklagten in Anwendung der §§ 25, 44 des RStempG. wegen Uebertretung der Nr. 56 der dazu ergangenen Ausführungsbestimmungen verurteilt sind. Der Tatbestand wurde darin gefunden, daß die Angeklagten, obwohl gewerbsmäßige Vermittler der von ihnen entgegengenommenen Rennwetten, dies Gewerbe nicht innerhalb zweier Wochen nach Eröffnung des Geschäftsbetriebs der Steuerbehörde des Bezirks angezeigt haben. Der § 25 Abs. des RStempG., welcher gewerbsmäßige Vermittler von Wetten der in § 25 Abs. 2, § 23 bezeichneten Art der Aufsicht der Steuerbehörden unterstellt, setzt einen erlaubten Gewerbebetrieb voraus, greift aber nicht Platz, wenn die gewerbsmäßige Vermittlung, wie hier, von vorneherein nur auf Begehung einer strafbaren Handlung sich beschränkt. Deshalb konnte auch die Nr. 56 der Ausführungsbestimmungen für die Angeklagten nicht die gesetzliche Verpflichtung begründen, die Eröffnung des strafbaren Geschäftsbetriebs der Steuerbehörde zur Anzeige zu bringen (vgl. Urt. d. RG. v. 12. Dezember 1905 in Goltd.Arch. Bd. 53 S. 76). (Urt. d. V Straff. v. 18. Januar 1907. 5 D 856/06).

797 — — — e —

Oberstes Landesgericht.

A. Zivilsachen.

I.

Rechtliche Natur des Vertrages über Veranstaltung einer Lotterie. Wert des Vertrags-Gegenstandes hierbei. Gebühr des Notars bei Beglaubigung von Unterschriften unter einem solchen Vertrage. In einer Privaturkunde schloß der Vorstand eines eingetragenen Kirchenbau-Vereins mit dem Bankier Sch. einen Vertrag, durch den diesem unter der Bedingung, daß die staatliche Genehmigung erteilt wird, die Veranstaltung einer Lotterie übertragen wurde. Es wurde vereinbart, daß 250 000 Lose zu je 3 Mk. ausgegeben und Geldgewinnste von 250 000 Mk. ausgesetzt werden, daß Sch. sämtliche Lose auf feste Rechnung übernimmt, die Gewinnste zahlt, die Stempelabgabe entrichtet und als Reinertrag der Lotterie 225 000 Mk. an den Kirchenbauverein abführt. Die Urkunde ist von vier Mitgliedern des Vorstandes des Vereins und von Sch. unterschrieben. Die Echtheit der Unterschriften beglaubigte der Notar J. Als Gebühr beanspruchte er 124 Mk. Der Vorstand beanstandete den Anspruch, weil die Wirksamkeit des Vertrags von der staatlichen Genehmigung der Lotterie abhänge, und als Wert des Vertragsgegenstandes nur der dem Verein aus der Lotterie zufließende Reinertrag in Betracht komme. Das LG. setzte die Gebühr auf 5 Mk. fest, weil sich die Tätigkeit des Notars bei der Beglaubigung der Unterschriften nicht auf die Prüfung eines der im Art. 45 Abs. 3 NotGebO. bezeichneten Rechtsgeschäftes zu erstrecken hatte und ihm deshalb nur die im Art. 45 Abs. 1, 2 bestimmte feste Gebühr, die hier 3 Mk. betrage, und eine Zeitgebühr von 2 Mk. zukomme. Auf die Beschwerde des Notars wurde die Gebühr auf 67 Mk. 20 Pfg. festgesetzt.

Gründe: Nach Art. 45 Abs. 3 der NotGebO. erhält der Notar für die Beglaubigung von Unterschriften unter einem Schriftstücke, das ein Rechtsgeschäft der in den Art. 22, 24 bezeichneten Arten enthält, 4/10 der Gebühr, die ihm für die Beurkundung des Rechtsgeschäfts zustünde. Mit der Prüfung des Inhalts der Urkunde hat sich der Notar bei Beglaubigung von Unterschriften überhaupt nicht zu befassen. Die im Abs. 3 des Art. 45 bestimmte Gebühr steht daher dem Notar ohne weiteres zu, wenn das Schriftstück, unter dem sich die Unter-

schriften befinden, ein Rechtsgeschäft der in den Art. 22, 24 bezeichneten Arten enthält. Dagegen steht ihm nach den Art. 5, 20 weder neben dieser noch neben der in Abs. 1, 2 bestimmten Gebühr eine Zeitgebühr zu. Dem Beschwerdeführer ist darin zuzustimmen, daß die Urkunde einen Werkvertrag im Sinne des im Art. 45 angeführten Art. 22 enthält. Nach dem Vertrage sollte Sch. für den Verein mit staatlicher Genehmigung eine Lotterie veranstalten und als deren Ertrag 225 000 Mk. zahlen. Diese Summe bildet den Gegenstand, den Sch., der Unternehmer der Lotterie, als Erfolg seiner Arbeit dem Verein als Besteller zu beschaffen hat. Die Aufwendungen, die er nach dem Vertrage zur Ausführung der Lotterie zu machen hat, bilden nur die Mittel zur Herbeiführung des Erfolgs. Der Wert des Gegenstandes beträgt sonach nicht 750 000 Mk., sondern nur 225 000 Mk. Für die notarielle Beurkundung des Werkvertrags würde dem Notar nach Art. 22 die volle Wertgebühr zustehen; daß die Wirksamkeit des Vertrags an die Bedingung der staatlichen Genehmigung der Lotterie geknüpft wurde, ist nach Art. 6 belanglos. Die Gebühr für die Beurkundung würde also nach Art. 12 168 Mk. betragen, für die Beglaubigung der Unterschriften steht daher nach Art. 45 Abs. 3 dem Notar eine Gebühr von 67,20 Mk. zu. (Beschl. des II. ZS. vom 7. Januar 1907). - - - n.

776

II.

Verfahren bei Leistung des Offenbarungseides außerhalb eines Rechtsstreites. Erstattbarkeit der einem Beteiligten erwachsenen Kosten. (FGG. §§ 79, 163; AG. z. BGB. Art. 131, 133). Am 6. November 1905 starb A. S. In Gegenwart der Kaufmannsgatten H. und K. W., die mit dem Erblasser in häuslicher Gemeinschaft gelebt hatten, wurden die von diesen als zum Nachlaß gehörend bezeichneten Gegenstände versiegelt. Der Miterbe H. H. behauptete vor dem Nachlaßgerichte, daß im Nachlaß nicht bloß die in amtliche Verwahrung genommenen Wertpapiere sondern noch weitere 20 000 Mk. vorhanden sein müßten. Er beantragte beim Amtsgerichte, den Ehegatten W., von denen er die Leistung des Offenbarungseides verlange, diesen Eid abzunehmen. Das Amtsgericht bestimmte zur Eidesleistung Termin. In diesem ließen die Eheleute W. durch Rechtsanwalt Dr. O. erklären, daß sie eine Verpflichtung zur Eidesleistung nicht anerkennen könnten. Mit den gerichtlichen Kosten des Verfahrens wurde der Antragsteller belastet. Rechtsanwalt Dr. O. stellte sodann an das Amtsgericht unter Vorlegung einer Kostenrechnung den Antrag, den H. H. zur Erstattung der den Eheleuten W. entstandenen Kosten zu verurteilen und die Kosten festzusetzen. Das Amtsgericht hat die von dem Antragsteller H. H. den Eheleuten W. zu erstattenden Kosten auf 35 Mk. festgesetzt. Auf die Beschwerde des H. H. hat das LG. die Verfügung des Amtsgerichts aufgehoben. Die weitere Beschwerde der Eheleute W. wurde zurückgewiesen.[1])

Gründe: Zur Geltendmachung des Anspruchs auf Erstattung der in einer Angelegenheit der freiw. Gerichtsb. von einem Beteiligten aufgewendeten Kosten bedarf es nach Art. 133 AG. z. BGB. zwar, wie nach dem Wortlaute der Vorschrift selbstverständlich, nicht eines Vollstreckungs-Titels, die Festsetzung der zu erstattenden Kosten setzt aber die Feststellung voraus, daß nach Art. 131 a. a. O. eine Erstattungspflicht besteht. Das LG. hat die amtsgerichtliche Verfügung insofern mißverstanden, als es eine Feststellung der Erstattungspflicht des H. H. vermißt. Das Amtsgericht hat dieser Feststellung in der Verfügung, durch die es die den Eheleuten W. „zu erstattenden Kosten" festgesetzt hat, durch die Bezugnahme auf Art. 131 erkennbaren Ausdruck gegeben. Dem Beschwerdegericht ist aber darin beizustimmen, daß in dem von H. H. beantragten Verfahren nach § 163 FGG. eine Entscheidung, die dem Antragsteller die Erstattung von Kosten an die Eheleute W. auferlegte, nicht getroffen werden konnte. Daß H. H., wenn die Weigerung der Eheleute W., den Eid zu leisten, unbegründet war, ihnen nicht ihre Aufwendungen zu ersetzen hatte, bedarf keiner Ausführung; Abs. 1 des Art. 131 verpflichtet denjenigen, in dessen Angelegenheit die amtliche Verrichtung stattfindet, zur Erstattung der von einem anderen Beteiligten aufgewendeten Kosten nur, soweit die Aufwendungen zur zweckentsprechenden Erledigung der Angelegenheit notwendig waren, die Kosten einer unbegründeten Weigerung fallen demjenigen zur Last, der sie aufwendet. Eine Erstattungspflicht könnte nur aus Abs. 2 des Art. 131 hergeleitet werden, der die durch einen unbegründeten Antrag verursachten Kosten dem Antragsteller auferlegt. Das Verfahren nach § 163 FGG. bietet aber, wenn die Verpflichtung zur Eidesleistung bestritten wird, keinen Raum zu einer Entscheidung darüber, ob das Verlangen des Eides begründet war. Es gibt den Beteiligten Gelegenheit, die Angelegenheit durch freiwillige Eidesleistung zu ordnen. Die Verrichtung des Amtsgerichts beschränkt sich auf die Bestimmung eines Termins, die Ladung beider Teile und die Abnahme des Eides, falls der Auskunftspflichtige hierzu bereit ist. Wird die Eidesleistung verweigert, so ist das Verfahren beendet. Da derjenige, der zur Eidesleistung geladen wird, weder der Ladung Folge leisten noch sein Ausbleiben entschuldigen muß, für ihn daher keine Notwendigkeit besteht, Aufwendungen zu machen, war eine Vorsorge für die Erlangung einer Entscheidung über Kostenerstattung nicht geboten. Der Anspruch auf Leistung des Eides, den der Antragsteller sich zuschreibt, kann dem anderen Teile allerdings Anlaß geben, dem Antragsteller darzulegen, daß sein Anspruch nicht begründet sei. Aber solche Darlegungen fallen nicht in den Rahmen des Verfahrens nach § 163 FGG., sie sind nicht an das Amtsgericht zu richten und stehen, wenn die Ladung den Anstoß zu ihnen gibt, mit ihr nur in einem äußeren Zusammenhange. Der Grund, der sie veranlaßt, ist nicht die Ladung sondern die Kundgabe eines Anspruchs auf Leistung des Eides, die mit derselben Bedeutung auch anderweit erfolgen kann. Hier würden die Eheleute W. auch ohne die Ladung Anlaß zu ihren Darlegungen gehabt haben, wenn ihnen bekannt geworden wäre, daß H. H. bei dem Nachlaßgerichte das Vorhandensein eines größeren Nachlasses behauptet und das Verlangen des Eides angekündigt hatte. Mit ihren Aufwendungen verhält es sich ebenso, wie wenn sie durch die Erklärungen des H. H. bei dem Nachlaßgerichte veranlaßt worden wären, die Tätigkeit ihres Anwalts in Anspruch zu nehmen... (Beschl. vom 9. November 1906, Reg. III Nr. 74/06). K.

783

B. Strafsachen.

Zu Art. 143 Ziff. 2 des PStGB. Zulässigkeit landesrechtlicher Vorschriften über die Ausübung des Gewerbebetriebs. — Der Stadtmagistrat A. hat 1905 ortspolizeiliche Vorschriften über den Verkehr mit Fleisch und Fleischwaren erlassen. In § 13 ist bestimmt: „Will ein Metzger eine Aenderung der von ihm angezeigten Preise eintreten lassen, so hat er solches wenigstens 3 Tage vorher dem Stadtmagistrat anzuzeigen oder zu einer früheren Aenderung die Genehmigung des Magistrats einzuholen." Der Metzger F. in A. hatte am 1. Sept. 1906 den Preis für Ochsen- und Kalbfleisch um 5 und 10 Pf. erhöht, ohne dieser Vorschrift zu genügen. Vom Schöffengericht wurde er freige-

---

[1]) Ueber die Zulässigkeit der Beschwerde und der weiteren Beschwerde gegen Entscheidungen, die nur die Kosten des Verfahrens in einer Angelegenheit der freiw. Gerichtsb. betreffen, siehe N. Samml. 5, 511, 514; RJA. 2, 143; 6, 270.

sprochen. Das LG. hat ihn auf Grund des Art. 443 Ziff. 2 PStGB. verurteilt. Die Revision wurde verworfen.

Gründe: Die ortspolizeiliche Vorschrift ist auf Grund des Art. 143 Ziff. 2 PStGB. erlassen worden, nach dem Metzger bestraft werden, wenn sie die von ihnen angezeigten Preise überschreiten oder gegen ortspolizeiliche Vorschrift eine Erhöhung ihrer Preise eintreten lassen, ohne wenigstens 3 Tage vorher der Ortspolizeibehörde Anzeige gemacht oder deren Bewilligung zur früheren Aenderung erlangt zu haben. Der Art. 143 Ziff. 2 PStGB. ist durch die Einführung der GewO. in Bayern nicht aufgehoben worden. Er verstößt nicht gegen § 1 der GewO., der, wie allgemein anerkannt wird, sich nur auf die Zulassung zum Gewerbebetriebe, nicht auf die Art der Ausübung bezieht. Von der Ausübung handelt § 144 GewO., der in Abs. 1 bestimmt: „Inwiefern abgesehen von den Vorschriften über die Entziehung des Gewerbebetriebs (§ 143) Zuwiderhandlungen der Gewerbetreibenden gegen ihre Berufspflichten außer den in diesem Gesetz erwähnten Fällen einer Strafe unterliegen, ist nach den darüber bestehenden Gesetzen zu beurteilen.“ Unter den Berufspflichten der Gewerbetreibenden sind die Pflichten zu verstehen, die ihnen als solchen mit Rücksicht auf ihren Beruf allgemein oder nach Art ihres Gewerbes in Bezug auf dessen Ausübung obliegen (Landmann Bd. 2 S. 424 Anm. 2 zu § 144). Abgesehen von den Bestimmungen, durch die die GewO. selbst den Gewerbetreibenden überhaupt oder besonderen Kategorien Berufspflichten auferlegt, sind die in den bestehenden Gesetzen enthaltenen Vorschriften aufrecht erhalten; hierzu zählen die in Reichs- und Landesgesetzen sowohl als in gesetzmäßigen Verordnungen und Polizeivorschriften enthaltenen Bestimmungen. Es ist hiernach das Landesrecht nicht beschränkt in der Schaffung von Bestimmungen, durch die Berufspflichten von Gewerbetreibenden bezüglich der Ausübung des Gewerbes normiert werden, vorausgesetzt, daß durch sie nicht die Zulassung zum Gewerbebetrieb beschränkt wird und daß sie nicht im Widerspruch mit den in der GewO. selbst enthaltenen einschlägigen Vorschriften stehen, oder sich nicht auf Materien erstrecken, die die Reichsgesetzgebung erschöpfend regeln wollte. Die GewO. hat in §§ 73 ff. ein gewisses Mindestmaß von Schutz gewährt, die dort behandelte Materie aber nicht erschöpfend geregelt; es ist den einzelnen Bundesstaaten daher unbenommen, Beschränkungen in der Ausübung des Gewerbes auch für andere als die in §§ 73 ff. GewO. aufgeführten Kategorien von Gewerbetreibenden vorzuschreiben, aber auch weitergehende Verpflichtungen bezüglich der Art der Ausübung des Gewerbebetriebs aufzuerlegen. Art. 143 Ziff. 2 PStGB. ist hiernach geltendes Recht (Bl. f. adm. Praxis Bd. 27 S. 264; Landmann 4. Aufl. Bd. 1 S. 550 Anm. 1 zu § 73 GewO., Bd. 2 S. 424 Anm. 2 zu § 144). Die Rüge, daß § 13 der Vorschriften schlechtweg die Aenderung, somit auch die Herabsetzung des Preises zeitlich binde, während Art. 143 Ziff. 2 eine zeitliche Beschränkung nur bezüglich der Erhöhung der Preise zulasse, geht fehl. Der Ausdruck „Aenderung des Preises“ in § 13 ist, wie die Bezugnahme auf Art. 143 Ziff. 2 PStGB. beweist, in demselben Sinne gebraucht, in dem er dort gebraucht ist, nämlich im Sinne einer Erhöhung des Preises. Gegen Art. 10 PStGB. verstößt der § 13 nicht. (Urteil v. 29. Januar 1907, Rev.-Reg. 613/06).

820 — — — ch.

Oberlandesgericht München.

I.

§§ 1179, 1163, 1177 BGB. und § 325 ZPO. X. hatte zugunsten eines Darlehens des Y. im Jahre 1900 auf seinem Anwesen eine Hypothek nach Vorgang einer solchen des Z. (42 900 Mk.) bestellt und auf das Recht der Rangeinräumung verzichtet. Die Hypothek des Y. ist 1903 durch Kauf auf A. übergegangen. Die Hypothek des Z. ist von X. in Raten zurückgezahlt worden. Auf Ersuchen des X. hat Z. bei der letzten Ratenzahlung ohne nähere Prüfung der ihm fertig vorgelegten Notariatsurkunde diese Hypothek in der Höhe von 40 000 Mk. an B. abgetreten und den Rest löschen lassen. Die sämtlichen Rechtsvorgänge sind im Hypothekenbuche (Grundbuche) eingetragen worden. A. hat Klage mit dem Antrage eingereicht, daß B. die Löschung der Hypothek zu 40 000 Mk. zu bewilligen und X. der Löschung zuzustimmen habe. Das LG. hat auf Antrag des A. gegen X. einstweilige Verfügung dahin erlassen, daß diesem verboten wurde, das Anwesen vor erfolgter Löschungsbewilligung der für B. versicherten Hypothek oder Hinterlegung des Hypothekbetrages für A. zu veräußern. Zur Begründung führte es aus: „Der Rangeinräumungsverzicht hat nach Art. 59 UeG. die Rechtswirkung des § 1179 BGB. und wirkt infolge seiner Eintragung dinglich gegen den Erwerber des Anwesens. Der Anspruch des Klägers geht nicht auf Löschung der nach §§ 1163, 1177 BGB. entstandenen Eigentümerhypothek (Grundschuld) des X. nach § 1179 BGB., sondern auf Löschung der formell eingetragenen aber nicht zu rechtlichem Dasein gelangten Hypothek des B. Die Uebertragung der Hypothek von Z. auf B. war nach §§ 117, 166 BGB. unwirksam oder mangels Willensübereinstimmung der Vertragsteile (§ 398 BGB.) nicht zustande gekommen. § 325 Abs. 3 ZPO. trifft nicht zu, weil das im Hauptprozesse gegen X. ergehende Urteil nicht einen Anspruch aus der Hypothek betrifft.“ Das OLG. hat das Urteil und die einstweilige Verfügung aufgehoben. Es verneinte das Vorliegen der Voraussetzungen der §§ 935, 940 ZPO. aus folgenden Gründen: Durch eine Veräußerung des Anwesens wird die Verwirklichung des Anspruches des A. gegen X. nicht gefährdet, weil ein gegen diesen ergehendes Urteil nach § 325 Abs. 1 und 3 ZPO. gegen den Anwesenserwerber wirkt. Abs. 3 trifft zu, weil der auf Löschung gerichtete Anspruch infolge der Eintragung im Hypothekenbuche mit der Uebertragung der Hypothek auf den Kläger übergegangen ist, sohin es sich um ein Recht handelt, das der Hypothek derart anhaftet, daß es nur von dem Gläubiger der Hypothek geltend gemacht werden kann, weshalb man wohl sagen muß, daß dieser Anspruch einen solchen aus der Hypothek darstellt und das Urteil soweit einen Anspruch aus einer eingetragenen Hypothek betrifft. § 325 Abs. 1 ist gegeben, weil die Klage von X. die Löschung der Hypothek, auch der „zur rechtlichen Existenz gelangten“ begehrt; und zwar, weil die Hypothekforderung durch die seitens des X. erfolgte Zahlung erloschen ist, X. als Anwesensbesitzer die Hypothek gemäß § 1163 BGB. erworben hat und sie wegen des eingetragenen Rangeinräumungsverzichtes zu löschen verpflichtet ist. Bei Veräußerung des Anwesens ist deshalb auf Seite des Erwerbers Rechtsnachfolge im Sinne des § 325 Abs. 1 ZPO. gegeben (Urt. v. 28. Dezember 1906, BR. Nr. 2961/06 A).

788 V...

II.

Umfang der Rechtskraft beschwerdegerichtlicher Entscheidungen bei der Kostenfestsetzung; Erstattung von Reiseauslagen der Partei (§§ 568, 91 ZPO.). Das Amtsgericht M. setzte am 11. Juli 1906 die vom Beklagten zu erstattenden Kosten auf 626 Mk. 67 Pf. fest. Letzterer legte bezüglich des 370 Mk. 72 Pf. übersteigenden Betrags Beschwerde ein, worauf das Amtsgericht nachträglich gemäß §§ 571, 577 ZPO. 108 Mk. 80 Pf. abstrich. Das Beschwerdegericht strich weiter 66 Mk. 08 Pf. ab und setzte die Kosten am 25. Oktober 1906 auf 450 Mk. 79 Pf. fest; im übrigen wurde die

Beschwerde zurückgewiesen. Nunmehr legte der Kläger weitere Beschwerde mit dem Antrag ein, unter Beseitigung nahezu sämtlicher Abstriche die Kosten auf 592 Mk. 67 Pf. festzusetzen. Die weitere Beschwerde wurde, soweit gegen die amtsgerichtlichen Abstriche gerichtet, als unzulässig verworfen, im übrigen aber für begründet befunden.

Aus den Gründen: Die Aenderung der amtsgerichtlichen Entscheidung ist unstatthaft, weil gemäß § 568 Abs. 2 ZPO. die weitere Beschwerde nur gegen eine Entscheidung des Beschwerdegerichts gegeben ist. Kläger will seinen Antrag damit rechtfertigen, daß das Beschwerdegericht die Abstriche des Erstrichters ausdrücklich gebilligt habe und diese deshalb der weiteren Beschwerde unterliegen müßten. Das ist unrichtig. Das Beschwerdegericht war mit der Sachprüfung gar nicht befaßt, soweit der Amtsrichter dem Beschwerdeantrag stattgegeben hatte. Es hat darüber auch nicht entschieden, sondern nur der Vollständigkeit halber[1]) die Abstriche des Erstrichters wiederholt. Die ihm alsbald zugestellte abändernde Entscheidung des Amtsrichters konnte vom Kläger nur mit sofortiger Beschwerde zum LG. angefochten werden, was Kläger versäumt hat. Im übrigen ist die weitere Beschwerde begründet, soweit sie den Abstrich der (50 Mk. übersteigenden) Reiseauslagen betrifft. Der Kläger ist ausweislich der Akten nicht davon benachrichtigt worden, daß die Vernehmung der Sachverständigen am bestimmten Termin nicht stattfinden könne. Bei der Wichtigkeit des die Führung der klägerischen Bücher betreffenden Beweises hatte aber der Kläger ein großes Interesse am persönlichen Erscheinen; sogar vom Standpunkte des Gerichts aus war es erwünscht, wie eine Aktenverfügung entnehmen läßt (Beschl. v. 16. Januar 1907, Beschw.-Reg. Nr. 639/06 IV).

782 N.

Oberlandesgericht Nürnberg.

Kann die Gebühr des § 24 RAGO. neben der Prozeßgebühr verlangt werden? Diese Frage wurde bejaht. Gründe: Gemäß § 24 RAGO. erhält der Rechtsanwalt $^{2}/_{10}$ der in den §§ 13, 18 bezeichneten Gebühren u. a. dann, wenn seine Tätigkeit die im § 47 Nr. 16 GKG. bezeichneten Anträge oder Gesuche betrifft. In letzterer Gesetzesstelle sind u. a. die Anträge auf Anordnung der Rückgabe einer Sicherheit im Falle des § 715 ZPO. aufgeführt. Im § 24 ist nicht wie in den §§ 20, 21 gesagt, der Rechtsanwalt erhalte die Gebühr nur dann, wenn seine Tätigkeit ausschließlich die bezeichneten Anträge oder Gesuche betreffe. Der Gesetzgeber hat also diese Anträge oder Gesuche selbst nicht als zur Instanz gehörig erachtet; er hat damit gemäß § 29 diese Tätigkeit, abgesehen von der Ausnahme des § 35, auch nicht als durch die Prozeßgebühr entschädigt angesehen. Wenn er letzteres gewollt hätte, wäre die Einbeziehung dieser Fälle bei § 29 Nr. 6 oder 7 nahegelegen. Unmittelbar spricht gegen eine solche Absicht § 35, wonach für die einmalige Erwirkung des Zeugnisses der Rechtskraft (§ 706 ZPO.), eine Tätigkeit, die auch im § 47 Nr. 16 GKG. genannt ist, weder dem Rechtsanwalt der Instanz eine Gebühr zusteht, noch dem Rechtsanwalte, der mit dem Betrieb der Zwangsvollstreckung betraut ist, wonach aber eine gleiche Ausnahme für die Anträge auf Rückgabe einer Sicherheit im Falle des § 715 ZPO. nicht gemacht ist (vgl. DJZ. 1904 S. 1000, JW. 1905 S. 511, BayZR. 1905 S. 135, 307). (Beschl. vom 20. Januar 1907).

821 H.

[1]) Der Fall zeigt wiederum, wie mißlich die neuerdings aus angeblich praktischen Gründen häufig beliebte Neufassung nur teilweise angefochtener Entscheidungen durch das Rechtsmittelgericht anstatt strikter Beschränkung auf die wirklich angefochtenen Punkte ist; vgl. auch § 775 Nr. 1 ZPO. Der Eins.

Oberlandesgericht Augsburg.

I.

Verpflichtung des Eigentümers, die Herstellung eines Telefonanschlusses in einem Hause zu gestatten, an dem ein Nießbrauch besteht. Zuständigkeit für einen Rechtsstreit über diese Pflicht. In der Stadt A. sollten die telefonischen Sprechstellen an die Umschaltestelle unterirdisch angeschlossen werden, weshalb sich das Oberpostamt an den in Stuttgart wohnenden Eigentümer eines Hauses zu A. mit dem Ansinnen wandte, die Vornahme der Arbeiten zu gestatten. Der Eigentümer weigerte sich, zuzustimmen. Infolge dessen wandte sich das Oberpostamt an die zu München wohnende Frau v. L., der der lebenslängliche Nutzgenuß an jenem Hause zusteht, und drohte ihr, daß ihr der Telefonanschluß gekündigt werden müsse, wenn sie den Hauseigentümer nicht zu der Zustimmung zu bewegen vermöge. Nun erhob Frau v. L. gegen den Eigentümer zum Landgerichte A. Klage mit dem Antrage, den Beklagten schuldig zu erkennen, zu gestatten, daß die Arbeiten vorgenommen würden; die Klage wurde u. a. damit begründet, es bestehe Gefahr, daß das Nießbrauchsrecht der Klägerin erheblich geschädigt werde, weil eine bedeutende Schmälerung des Mieterträgnisses eintreten werde. In der mündlichen Verhandlung erklärten die Parteivertreter, daß die unterirdische Führung der Leitung fertig und damit der Prozeß zur Hauptsache erledigt sei, der Anwalt der Klägerin begehrte nur noch die Verurteilung des Beklagten in die Kosten. Das LG. legte diese Kosten der Klägerin auf, deren Beschwerde hatte Erfolg.

Aus den Gründen: Die Zuständigkeit des LG. A. ergibt sich aus § 24 ZPO. Denn in der Klage ist nur behauptet, daß der Beklagte in seiner Eigenschaft als Eigentümer ein Verhalten beobachte, das objektiv und subjektiv eine Verletzung des dinglichen Rechtes der Klägerin, eine Schmälerung ihres Nießbrauches, darstelle. Es wäre aber auch die Zuständigkeit des angezogenen Gerichts nach § 26 ZPO. begründet, da auch ein aus dem Nießbrauch herausgewachsener, persönlicher Anspruch in Frage steht. Die Frage, ob der Beklagte durch sein Verhalten Anlaß zur Klage gab, ist zu bejahen. Denn hindert der Eigentümer den Nutzungsberechtigten an der Erfüllung seiner Pflicht zur Erhaltung der Sache in ihrem wirtschaftlichen Bestande, so kann gegen ihn auf Unterlassung geklagt werden; hier aber mußte diese Klage erfolgen, weil das Oberpostamt ohne Zustimmung des Eigentümers den Telefonanschluß nicht vorgenommen hätte. Freilich konnte gegen den Beklagten nicht auf Vornahme der Einrichtung geklagt werden; das ist aber auch nicht geschehen, weil die Klage vom Eigentümer nur verlangt, daß er den heutigen Verkehrsverhältnissen dadurch Rechnung trägt, daß er die Arbeiten gestattet. (Beschl. vom 17. Januar 1907).

791

II.

Zu § 654 BGB. (Anspruch auf Mäklerlohn). In einem Urteile des II. ZS. des OLG. Augsburg vom 27. Oktober 1906, wodurch ein Anspruch auf Mäklerlohn nicht als berechtigt erklärt wurde, ist u. a. folgendes ausgeführt: Weil das den Anspruch auf Mäklerlohn bedingende Erfordernis des Kausalzusammenhangs zwischen der Tätigkeit des Klägers und dem Zustandekommen des Kaufvertrags mangelt, wäre es ohne rechtlichen Belang, wenn Beklagter dem Kläger nachträglich einen Mäklerlohn versprochen haben sollte. Ein solches Schuldversprechen ist nicht selbständig, sondern ist nur unter der Voraussetzung abgegeben, daß die ursprüngliche Schuldverbindlichkeit rechtlichen Bestand haben sollte. Es steht und fällt mit diesem Schuldgrunde. Aber auch nach § 654 BGB. ist der Anspruch auf den Mäklerlohn unstatthaft, wenn der



Mäkler dem Inhalte des Vertrages zuwider auch für den anderen Teil tätig geworden ist. Wenn jemand, zumal auf dem Lande, einen Unterhändler mit der Vermittlung des Verkaufes eines Anwesens beauftragt, wofür er einen bestimmten Kaufpreis verlangt, und ihm hierfür 1% des letzteren als Mäklerlohn verspricht, so ist in der Regel seine Absicht die, daß der Beauftragte nur für ihn tätig werden soll und nur sein Interesse wahrnehmen darf. Auch wird von dem Unterhändler selbst ein solches Versprechen nur in dem Sinne aufgefaßt werden, daß er nur das Interesse dieses Auftraggebers im Auge haben muß. Wenn aber der Unterhändler der stillschweigend erklärten, ihm aus den Umständen erkennbaren Absicht zuwider auch für den anderen Teil tätig ist, und, wie hier nachgewiesen, den Kaufpreis zu Ungunsten des Auftraggebers herabdrückt, so verletzt er die diesem schuldige Vertragstreue.

691 Mitgeteilt von Oberlandesgerichtsrat Donle in Augsburg.

Landgericht München I.

Zur Auslegung des § 106 ZPO. In einem amtsgerichtlichen, vor Erlassung eines Beweisbeschlusses geschlossenen Prozeßvergleich wurde Aufhebung der Gerichtskosten vereinbart. Der Kläger stellte dem Beklagten Aufforderung gemäß § 106 ZPO. zu, worauf ihm letzterer die Hälfte des klägerischen Gerichtskostenvorschusses mit dem Bemerken übersandte, weitere Kosten trage er nicht, da nach der Prozeßlage ohne weiteres der Betrag der gesamten zur Erhebung gelangten Gerichtskosten (³/₁₀ Vorschuß vom Kläger) klar gewesen sei. Daraufhin beantragte der Kläger Festsetzung der Aufforderungskosten; das Amtsgericht wies ihn ab, weil diese Kosten nicht notwendig gewesen seien; das Landgericht dagegen billigte sie zu.

Aus den Gründen: Die Beschwerde ist die sofortige, weil das Amtsgericht nicht die Festsetzung als solche ablehnen wollte, sondern über die Notwendigkeit der geforderten Kosten in der Form der Abweisung entschieden hat. Letztere ist sachlich mit Unrecht erfolgt. Nach dem Wortlaut des § 106 ZPO. mußte der Kläger vor seinem Festsetzungsantrag die Aufforderung ergehen lassen, wenn er nicht die Zurückweisung gewärtigen wollte; denn auch die Aufhebung der Gerichtskosten nach § 92 Abs. 1 Satz 2 ist eine Quotenteilung. Es war Sache des Beklagten, die nach seinem eigenen Vorbringen ja leicht zu berechnende Gerichtskostenhälfte rechtzeitig zu zahlen, falls er die Kosten der Festsetzung insbesondere der Aufforderung vermeiden wollte (Beschl. v. 9. Jan. 1907; Beschw.-Reg. 8/07).

781 N.

Literatur.

Zimmermann, Dr. F. W. R., Geh. Finanzrat zu Braunschweig. Das Reichs-Erbschaftssteuergesetz vom 3. Juni 1906 nebst den Ausführungsbestimmungen des Bundesrats sowie den Vollzugsvorschriften der größeren Bundesstaaten. München 1906, J. Schweitzer Verlag (Arthur Sellier) gebd. Mk. 9.—.

Ein groß angelegter, umfassender Kommentar, der sich keineswegs auf Zusammenstellung des Materials beschränkt, sondern eingehende Erläuterungen bietet. P.

Piloty, Dr. Robert, Universitätsprofessor in Würzburg. Die Verfassungsurkunde des Königreichs Bayern nebst den auf die Verfassung bezüglichen sonstigen Gesetzen mit Anmerkungen. In 2. Auflage bearbeitet von **Carl August von Sutner,** Regierungsassessor (jetzt Regierungsrat) bei der Kgl. Versicherungskammer. München 1907, C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, Oskar Beck. Gebd. 4.50 Mk.

Die für Studium und Praxis in gleicher Weise gut verwendbare Ausgabe ist durch Ergänzung der Anmerkungen und der Nebengesetze den Bedürfnissen der Gegenwart angepaßt worden. P.

Notizen.

Stellvertretung der Rechtsanwälte. Das Staatsministerium der Justiz hat durch die Bek. vom 1. Februar 1907 (JMBl. S. 48) die nach § 25 der RAO. der Landesjustizverwaltung zustehende Befugnis, den Stellvertreter eines Rechtsanwalts zu bestellen, den Präsidenten der Obergerichte für den Fall übertragen, daß die Stellvertretung nicht länger als zwei Monate dauern soll. Die Bestellung soll hinsichtlich der Stellvertretung bei dem Obersten Landesgerichte dem Präsidenten dieses Gerichts, hinsichtlich der Vertretung bei den übrigen Gerichten dem Präsidenten des Oberlandesgerichts zustehen, in dessen Bezirke der Rechtsanwalt seinen Sitz hat. Durch diese Anordnung wird nicht nur die Erledigung solcher Angelegenheiten bei den Justizverwaltungsbehörden vereinfacht, sondern auch den Rechtsanwälten die Möglichkeit gewährt, rascher als bisher die Bescheide auf ihre Anträge wegen der Stellvertretung zu erhalten. Aehnliche Anordnungen waren bisher schon in Preußen und Sachsen getroffen.

Die Gebühren für die Entscheidungen sind künftighin von den Präsidenten festzusetzen. Ihr Betrag ändert sich nicht, wenn die Entscheidung der Präsident des Obersten Landesgerichts trifft; er ist in diesen Fällen wie bisher zwischen 4 und 100 Mk. zu wählen. Wenn dagegen die Bestellung des Stellvertreters durch den Präsidenten des Oberlandesgerichts erfolgt, so ist die Gebühr in dem Rahmen von 3 Mk. bis zu 75 Mk. zu bemessen (Art. 199, 200 des GebG.).

Die Einrichtung des Gewerbeaufsichtsdienstes wurde durch die VO. vom 7. Februar 1907 (GVBl. S. 73) neu geregelt. Wesentlich gegenüber den bisherigen Verhältnissen ist nur die Titeländerung: die früheren Fabriken- und Gewerbeinspektoren heißen nunmehr (wie in Preußen) Gewerberäte; nach längerer Dienstzeit können sie zu Regierungs- und Gewerberäten befördert werden. Als Hilfskräfte sind ihnen Gewerbeaufsichtsassistenten, — die zu Gewerbeassessoren ernannt werden können — und Gewerbeaufsichtsassistentinnen beigegeben. Die Oberaufsicht über die Tätigkeit des gesamten Gewerbeaufsichtspersonals übt der Zentralinspektor für Fabriken und Gewerbe im Ministerium des Aeußern. Der Wirkungskreis der Gewerbeaufsichtsbeamten (vgl. § 193b GewO.) ist der seitherige: Aufsicht über die Ausführung der Gewerbeordnungsvorschriften bezügl. Sonntagsruhe und Sonntagsarbeit (§§ 105a, 105b Abs. 1, 105c—105h), jugendlicher Arbeiter (§§ 107—113 u. 126—128), Lohnzahlung (§§ 114a—119a), Sicherung der Arbeiter gegen Gefahren für Leben und Gesundheit (§§ 120a—120c, auch 16 und 24), Verhältnisse der Fabrikarbeiter (§§ 134—139a); dann Aufsicht über die Ausführung des Kinderschutzgesetzes. Die Gewerbeaufsichtsbeamten haben die amtlichen Befugnisse der Ortspolizeibehörden, jedoch keine Zwangs- und Strafbefugnisse. Dr. Sch.

Verantwortl. Herausgeber: Th. von der Pfordten, K. Landgerichtsrat, verw. im Staatsministerium d. Justiz.

Eigentum von J. Schweitzer Verlag (Arthur Sellier) in München.
Druck von Dr. Franz Paul Datterer & Cie., G. m. b. H., Freising.

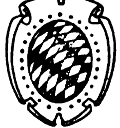
Nr. 7. München, den 1. April 1907. 3. Jahrg.

Zeitschrift für Rechtspflege in Bayern

Herausgegeben von Th. von der Pfordten K. Landgerichtsrat, verw. im K. Bayer. Staatsministerium der Justiz.

Verlag von J. Schweitzer Verlag (Arthur Sellier) in München, Lenbachplatz 1.

Die Zeitschrift erscheint am 1. und 15. jeden Monats im Umfange von mindestens 2 Bogen. Preis vierteljährlich Mk. 3.—. Bestellungen übernimmt jede Buchhandlung und Postanstalt (Postzeitungsliste für Bayern Nr. 974a).



Redaktion und Expedition: München, Lenbachplatz 1. Insertionsgebühr 30 Pfg. für die halbgespaltene Petitzeile oder deren Raum. Bei Wiederholungen Rabatt. Stellenanzeigen 20 Pfg. Beilagen nach Uebereinkunft.

Die Adressierung der empfangsbedürftigen Willenserklärung.

Von **Erich Danz**, Geh. Justizrat, Universitätsprofessor in Jena.

In Nr. 4 dieser Zeitschrift vom 15. Februar ds. Js. ist S. 81 ein Urteil wiedergegeben, dem folgender Tatbestand zu Grunde lag. Ein minderjähriger Student A. erhielt von der Firma H. Pferdedecken, die er seiner Verbindung zum Geschenk machte. Nach seiner Volljährigkeit erging gegen ihn Zahlungsbefehl, gegen den er rechtzeitig Widerspruch einlegte. In diesem Schreiben, das der Firma H. durch das Amtsgericht im Original übersendet wurde, erklärte A., daß er augenblicklich infolge seiner Lage verhindert sei, Zahlung zu leisten und stellte in Aussicht, daß er, sobald es ihm möglich sei, die Firma H. befriedigen werde. Das Gericht erblickte in dieser Erklärung eine nachträgliche Genehmigung seitens des A., die ihn zur Zahlung verpflichte, wies aber die Klage ab, weil diese Genehmigungserklärung eine empfangsbedürftige Willenserklärung darstelle, aber der Klägerin nicht zugegangen sei. Denn der Widerspruchschriftsatz sei nicht an die Klägerin, sondern an das Amtsgericht gerichtet und er sei auch dem Willen des Beklagten entsprechend zunächst diesem zugegangen. Daß das Amtsgericht den Schriftsatz der Klägerin übermittelt und diese auf indirektem Wege vom Inhalte Kenntnis erlangt habe, enthalte kein Zugehen. Solches indirektes Zugehen könne nur dann angenommen werden, wenn der Beklagte davon Kenntnis gehabt hätte, daß der Schriftsatz seitens des Gerichts der Klägerin übermittelt werde, und wenn er in diesem Bewußtsein die darin enthaltenen Erklärungen abgegeben hätte.

Dieses Urteil ist m. E. unrichtig, weil dabei wichtige Auslegungsregeln verkannt sind.

Die allgemeinsten Auslegungsregeln für die Willenserklärungen enthalten die §§ 133, 157 BGB.: in § 133 ist vorgeschrieben, daß bei jeder Auslegung die „Umstände des Falles“ für die Deutung der Willenserklärung in Berücksichtigung gezogen werden müssen, und zwar gerade des konkret vorliegenden Falles, und in § 157 BGB., daß bei den Willenserklärungen in Verkehrsgeschäften die Auslegung der Willenserklärung zu erfolgen hat nicht nach dem, was die die Willenserklärung abgebende Partei über die Bedeutung der Willenserklärung für eine innere Meinung hatte, sondern nach der Bedeutung, welche der Willenserklärung im Verkehr von der Allgemeinheit zugeschrieben wird. (Danz, Die Auslegung der Rechtsgeschäfte, 2. Aufl. 1906, S. 6 ff., 21 ff., 105 ff.). Nur das ist also die konkrete Willenserklärung, welche der Richter seiner Entscheidung zu Grunde zu legen hat.

Eine Ausnahme von dieser Regel findet nur dann statt, und zwar wegen des ebenfalls in § 157 aufgestellten Prinzips von Treu und Glauben, wenn die eine Partei die Bedeutung kannte, welche die andere, die erklärende, ihrer Willenserklärung zuschrieb. In solchem Falle ist die Willenserklärung in dieser Bedeutung zu nehmen; es ist nur eine Willenserklärung in dieser Bedeutung vorhanden, und es tritt der dieser Bedeutung entsprechende Rechtserfolg ein (Danz a. a. O. S. 121 ff., 126 ff.). Zu berücksichtigen sind weiter in jedem Falle nur die dem anderen Teile — diesen stets als verständigen Mann gedacht — erkennbaren „Umstände des Falles“ (Danz a. a. O. S. 40 ff., 62 Nr. 2).

Eine innere, der Gegenpartei nicht — auch nicht durch die „Umstände des Falles“ — erkennbare Meinung über die Bedeutung der Willenserklärung, also meist über die Worte, welche die betreffende Willenserklärung bilden, kann immer nur in Frage kommen, wenn es sich um die Anfechtung der Willenserklärung handelt, und da eine solche erst eine weitere Willenserklärung, nämlich die Abgabe der Anfechtungserklärung verlangt, erst, wenn diese erfolgt ist. Solange keine Anfechtung erfolgt ist, hat sich der Richter um diese innere Meinung schlechterdings nicht zu kümmern (Danz a. a. O. S. 21 ff.).

Auch die empfangsbedürftigen Willens-

erklärungen sind nach den obigen Grundsätzen auszulegen. Bei ihnen ist bekanntlich das Eigentümliche das, daß sie, um eine Rechtswirkung zur Entstehung zu bringen, einer anderen Person zugegangen sein müssen (§ 130 BGB.).

Auch die Willenserklärungen des Gesetzgebers, die ja auch nur Willenserklärungen der Menschen enthalten, sind gemäß §§ 133, 157 auszulegen (Danz a. a. O. S. 51 ff.)

Dernburg (BR., 3. Aufl., Bd. I S. 447) deutet das in § 130 Abs. 1 BGB. erwähnte „Zugehen" m. E. durchaus richtig dahin, daß die schriftliche Erklärung dem Adressaten dann zugegangen ist, wenn ihm die Möglichkeit verschafft ist, von ihr Kenntnis zu nehmen, und wenn nach der Verkehrsübung zu erwarten ist, daß dies geschehe. Auch wenn man noch weiter verlangt, daß die schriftliche Erklärung in den Besitz des Adressaten gelange, so ist ja im vorliegenden Fall auch diesem Erfordernis Genüge geschehen. Die Klägerin hat auch nicht nur die Möglichkeit der Kenntnisnahme erlangt, sondern auch wirklich Kenntnis vom Inhalt des Schriftstücks genommen.

Wer „der andere" ist, dem die Willenserklärung nach § 130 BGB. zugehen muß, um die Rechtswirkung hervorzubringen, sagt das BGB. nicht; man ist aber auch darüber einig, daß dies nur der Adressat des Schriftstücks sein kann, d. h. die Person, für welche nach dem Schriftstück — dieses verkehrsüblich ausgelegt — die Erklärung, welche das Schriftstück enthält, bestimmt ist. Das „Verkehrsübliche" ist nun heutzutage zweifellos, daß bei schriftlichen Erklärungen, die versandt werden, der Adressat durch die Aufschrift bezeichnet wird, die auf dem Kuvert sich befindet, welches das die Erklärung enthaltende Schriftstück einschließt. — Will ich dem A. Müller eine Offerte machen, so schreibe ich auf das Kuvert, das die Offerte enthält: „Herrn A. Müller in X."; nur wenn die Offerte an diesen A. Müller gelangt, ist sie „zugegangen", d. h. nur dann ist sie rechtswirksam und hat also die Wirkung, daß, wenn A. Müller mir eine Annahmeerklärung zusendet, ein Vertrag zwischen uns zustande kommt. Ist der Brief versehentlich an B. Müller abgegeben, und hat dieser im irrtümlichen Glauben, der Brief sei für ihn bestimmt, ohne die Adresse zu beachten, mir telegraphiert: „nehme an Müller", so ist dadurch kein Vertrag, also auch kein anfechtbarer, zwischen mir und B. Müller zustande gekommen, weil die Offerte nur rechtliche Wirkung äußert, wenn sie dem A. Müller, dem richtigen Adressaten, zugegangen ist (Danz, JheringsJ. Bd. 46 S. 410 ff.). Dies ist auch nicht anders, wenn der Brief an A. Müller richtig abgegeben war, von diesem dem B. Müller übergeben und von letzterem gelesen worden ist. Denn nur die Bestimmung des Absenders der Erklärung ist dafür maßgebend, wer der Adressat ist, also wem sie zugehen muß, um eine Rechtswirkung hervorzubringen.

Für die Auslegung dieser Bestimmung des Adressaten, die regelmäßig aus geschriebenen Worten bestehen wird, kommt — nach den vorausgeschickten Auslegungsregeln — gar nicht in Betracht, was für einen innern Willen der Absender hatte; die Auslegung erfolgt auch hier nach der „Verkehrssitte" (§ 157 BGB.). Habe ich einem meiner Mieter, der A. Müller heißt, kündigen wollen und den Kündigungsbrief, in dem nur steht: „Hierdurch kündige ich Ihnen die Wohnung zum ersten Januar", an den ebenfalls in meinem Haus wohnenden B. Müller adressiert und dieser erhält ihn, so ist dem B. Müller gekündigt. Alle solche inneren Gedanken, die mit der „verkehrsüblichen" Deutung nicht übereinstimmen, können, wie bereits erwähnt, höchstens bei einer Anfechtung in Frage kommen.

Nun liegt es aber nicht so, daß stets der als Adressat auf dem Briefumschlag oder im Brief mit Namen Genannte der ist, dem die Willenserklärung zugehen sollte; die Auslegung hat eben immer alle Umstände des konkreten Falles im Auge zu behalten. Habe ich an den Zigarrenhändler Schultze, von dem ich nie Zigarren bezogen, geschrieben: „senden Sie mir eine Kiste zu demselben Preis, wie ich sie schon lange Jahre hindurch von Ihnen bezogen habe" oder empfängt eine kleine Sängerin an einem Tingeltangel eine an sie adressierte Engagements-Offerte von einer großen Oper für Wagner-Partien, so ergibt eben hier der Inhalt der Schreiben für jeden vernünftigen Menschen klar und deutlich, daß die Schreiben nicht an die in dem Schreiben oder auf dem Kuvert als Adressaten genannten Personen bestimmt sein können. Sie können also durch Annahme der Offerten auch keinen Vertrag zustande bringen; es kommt demnach auch nicht am Ende durch ihre Annahmeerklärung ein Vertrag, der angefochten werden müßte, zur Entstehung.

Um die Person des Adressaten festzustellen, hat man demnach den Inhalt der gesamten Willenserklärung, nicht bloß einzelne Punkte in Betracht zu ziehen, wie dies auch bei jeder Auslegung einer Willenserklärung — mag sie mündlich oder schriftlich geschehen sein — zu geschehen hat, weil sonst eine nach § 133 BGB. verbotene Buchstabeninterpretation vorliegt.

Ist der auf diese Weise bestimmte Adressat nun in die Möglichkeit gekommen, Kenntnis von der Erklärung zu nehmen oder hat er Kenntnis hiervon genommen, wie in unserm Fall, so ist sie ihm zugegangen, sie übt rechtliche Wirkung aus. Hat also in dem obigen Beispiel der Zigarrenhändler oder die Sängerin die Briefe an die Adresse, für die sie wirklich bestimmt waren, gelangen lassen, so sind sie diesen Adressaten „zugegangen", denn diese Erklärungen waren mit Willen des Absenders, um an diese Adressen zu gelangen, aus seinem Machtbereich gelangt, und der Umstand, daß sie nicht auf dem direkten Wege zum Adressaten gelangt sind, sondern durch

Vermittlung einer anderen Person als des Postboten kann unmöglich das tatsächlich erfolgte „Zugehen" ungeschehen machen. Wollte man dies nicht annehmen, so käme man zu dem Resultat, daß, wenn der Postbote einen an mich adressierten Brief verliert, und der Finder den Brief mir übergibt, der Brief mir nicht zugegangen sei.

Der gewöhnliche, regelmäßige Zweck, der mit der Absendung einer schriftlichen Erklärung an eine bestimmte Adresse verfolgt wird, ist der, daß der Adressat Kenntnis davon erlangt; ob die Möglichkeit der Kenntnisnahme durch die Personen stattfindet, durch welche sie der Absender nach den konkreten Umständen erwarten durfte, ist für diesen Zweck gleichgültig. Liegt dem Absender daran, daß diese Möglichkeit dem Adressaten nur durch besondere Personen gewährt wird, z. B. durch den Postboten, so muß er ausdrücklich in der Erklärung bemerken, daß nur, wenn die Erklärung auf diese bestimmte Weise in die Hände des Adressaten kommt, sie rechtswirksam sein solle. Denn der Verkehr sieht bloß auf den Zweck, der regelmäßig mit solchen Handlungen verfolgt wird; will jemand, daß eine Erklärung von ihm nicht in dieser „verkehrsüblichen" Weise aufgefaßt wird, so muß er dies ausdrücklich erklären (Danz, Die Auslegung der Rechtsgeschäfte S. 125).

Aus dem bisher Gesagten folgt ohne weiteres, daß man auch mehrere Erklärungen, die erkennbar an verschiedene Personen bestimmt sind, an eine einzelne Person adressieren kann, und daß, wenn die einzelnen die Erklärungen durch Vermittlung des Adressaten empfangen haben, sie ihnen „zugegangen" sind. Ich stecke z. B. in ein Kuvert mehrere Offerten und bitte den Adressaten, diese an die Personen abzugeben, für die sie bestimmt sind. Der Absender trägt hier natürlich das Risiko, ob diese Erklärungen „zugehen" werden; sind sie aber in die Hände der Adressaten gelangt, so sind sie jedenfalls „zugegangen". Es ist auch in solchen und ähnlichen Fällen nicht nötig, daß die Bitte gerade in Worten Ausdruck findet; es müssen auch hier, wie bei jeder Auslegung, die „Umstände des Falles" in Betracht gezogen werden, die eben so deutlich „sprechen" können, wie Worte. Wenn ein Kaufmann in ein an den Ehemann adressiertes Kuvert außer einer auf diesen lautenden Rechnung auch eine auf die Ehefrau oder vielleicht auf eine in der Familie bedienstete Person lautende Rechnung beilegt, so können diese Umstände nicht anders nach der Verkehrsübung gedeutet werden, denn als eine „Bitte", diese Rechnungen den Adressaten zu übergeben.

In dem hier vorliegenden Fall lag nun der Tatbestand so, daß der Student aus dem Zahlungsbefehl ersah, daß er den Widerspruch gegen ihn an das Gericht senden mußte, um eine sofortige Zwangsvollstreckung zu vermeiden (§ 692 ZPO.); er wußte und ersah aus dem Zahlungsbefehl, daß sein Gläubiger die Firma H. und nicht das Gericht war. Wenn er nun dem Widerspruch hinzufügte, daß er augenblicklich infolge seiner Lage verhindert sei, Zahlung zu leisten, und in Aussicht stellte, daß er sobald als möglich die Firma H. befriedigen werde, so kann dieser Zusatz, „verkehrsüblich" (§ 157 BGB.) gedeutet, gar nicht anders ausgelegt werden, als daß er gerichtet war an die Firma H. und dieser zukommen sollte, denn die Stundung, die er hierdurch zu erreichen strebte, konnte ihm eben nur seine Gläubigerin, nicht das Gericht erteilen. Bei diesem Sachstande, bei diesem „Umstande des Falles" kann die Zusendung dieses Zusatzes mit dem Widerspruch an das Amtsgericht nicht anders ausgelegt werden, als daß das Amtsgericht damit ersucht wurde, den erwähnten Zusatz zur Kenntnis der Firma H. zu bringen. Das Amtsgericht hat auch offenbar selbst den Tatbestand so ausgelegt, da es das Original der Zuschrift an die Firma H. gesandt hat. Damit war der Zusatz der Firma „zugegangen" im Sinne von § 130 BGB. und erzeugte die ihr zukommende rechtliche Wirkung. Auch wenn der Student innerlich der Meinung war, daß das Gericht der Firma H. den Zusatz nicht mitteilen werde und dies auch nachwiese, so könnte diese innere Meinung bei der Auslegung nach der „Verkehrssitte" (§ 157 BGB.), wie sie hier vorzunehmen ist, nichts an diesem Resultat ändern; denn bei dieser Auslegung kommt es eben nur darauf an, wie die Allgemeinheit die vorliegende Willenserklärung deutet. Die innere Meinung könnte, wie erwähnt, nur in Frage kommen, wenn es sich um Anfechtung der abgegebenen Willenserklärung handelte. Wollte der Student, daß der Zusatz bei dem vorliegenden Tatbestande nicht der Firma mitgeteilt werden sollte, so mußte er dies in dem Schreiben erklären; dann würde die Kenntnisnahme der Firma von dem Zusatz keine Rechtswirkung geäußert haben, weil sie eben dann erkennbar nicht an die Firma gerichtet, nicht für diese bestimmt war.

Auch hier zeigt sich wieder, daß die bisher fast vollständig in der Wissenschaft vernachlässigten Auslegungsregeln für die rechtsgeschäftlichen Willensäußerungen überhaupt die allerwichtigsten Vorschriften sind, die der Richter zu beachten hat; denn gewiß achtzig Prozent von allen Zivilprozessen haben als Tatbestand rechtsgeschäftliche Willenserklärungen, und diese müssen stets zunächst ausgelegt werden; die rechtliche Konstruktion hängt aber stets von der vorausgegangenen Auslegung ab: ist diese falsch, so muß auch die rechtliche Konstruktion falsch sein. Wenn jetzt vielfach über eine formalistische Rechtsprechung, eine Rechtsprechung, die dem Rechtsbewußtsein des Volkes nicht entspreche, geklagt wird, so liegt in den meisten Fällen die Schuld lediglich an

einer unrichtigen Auslegung der Willenserklärungen; denn die richtige Auslegung verlangt stets, daß der Richter die Gewohnheiten, die Verkehrsübungen des Lebens beachte, und sie sind es, welche bei den Volksgenossen, die in ihnen aufwachsen, das Rechtsgefühl erzeugen.

Das Recht des gewerblichen Akkordvertrages.

Von **Dr. Otto Geßler,** Gewerberichter in München.

Das BGB. hat als allgemeine Formen des Arbeitsvertrages den Dienstvertrag und den Werkvertrag aufgenommen. Dabei hat es den Gegensatz zwischen ihnen dadurch wesentlich erweitert, daß es den Dienstvertrag durch eine Reihe von zwingenden Vorschriften zugunsten des Arbeitnehmers ausgestaltete, während der Werkvertrag, wie bisher, im wesentlichen dem Grundsatz der Vertragsfreiheit unterstellt blieb. Der Gesetzgeber ging hierbei offenbar von der Absicht aus, in den Bestimmungen über den Dienstvertrag den Rahmen zu schaffen für das Arbeitsverhältnis zwischen dem selbständigen, für den Markt produzierenden Unternehmer und dem unselbständigen, einem oder mehreren solcher Unternehmer seine Arbeitskraft verkaufenden Arbeiter. Allein dieser Gedanke kam nur in einer Reihe von Einzelbestimmungen zur Geltung. In der begrifflichen Scheidung der beiden Typen blieb er nach der herrschenden Meinung in Theorie und Praxis durchaus auf dem Standpunkt des römischen und gemeinen Rechtes stehen. Denn ein Dienstvertrag soll gegeben sein, wenn die Vergütung für die Arbeit als solche, ein Werkvertrag dagegen, wenn sie für das Arbeitsprodukt versprochen wird. Diese Abgrenzung ist nach doppelter Richtung charakteristisch: Einmal sieht sie von der sozialen Stellung der Vertragsteile im Produktionsprozesse völlig ab und geht lediglich von dem sachlichen Inhalt der Vertragsberedungen aus. Dann aber enthält sie näher besehen innerhalb dieses Rahmens nur ein formalistisches Kriterium für die Scheidung. „Denn die Erscheinungen von Arbeit und Erfolg gehören regelmäßig beiden Vertragsarten an, indem auch die den Gegenstand des Dienstvertrages bildende Arbeit gemeinhin zu einem Erfolge führen soll, anderseits der durch den Werkvertrag angestrebte Erfolg regelmäßig nur durch irgend eine Art von Arbeit bedingt ist. Demnach kann auch in der Scheidung von Arbeit und Erfolg das entscheidende Kriterium allein nicht liegen. Es muß vielmehr darin gesucht werden, daß nach dem Parteiwillen hier die Arbeitsleistung als solche, dort ein bestimmter Erfolg den unmittelbaren Gegenstand der Leistung und vor allem der Vergütung bildet." Mit anderen Worten: In Wahrheit wird die Grenzlinie nicht durch den Gegenstand des Vertrages bestimmt, sondern durch den Willen der Vertragsteile gezogen. Und praktisch kommt dieser Wille dadurch zum Ausdruck, daß beim Werkvertrage die Arbeit auf die eigene Gefahr des Arbeiters geht, beim Dienstvertrag dagegen auf die Gefahr des Dienstberechtigten. „Es kommt alles darauf an, wer die Gefahr trägt." Das Ergebnis aber wäre, sofern mit der herrschenden Meinung diese begriffliche Scheidung als die des Gesetzes in § 611 und § 631 anzuerkennen ist, daß für die Anwendung des Rechts des Dienstvertrages oder Werkvertrages auf ein Arbeitsverhältnis grundsätzlich die Wahl der Vertragsteile allein maßgebend ist und sofern diese zweifelsfrei getroffen wurde, alle Auslegungsbehelfe bedeutungslos sind, die man sonst ihrer sozialen Stellung zu entnehmen pflegt.

Diese Regelung wird vor allem von Bedeutung für die rechtliche Beurteilung des sog. Akkordvertrages oder Gedinges. Seine Eigenart besteht bekanntlich im Gegensatz zum Zeitlohnvertrag darin, daß die Entlohnung des Arbeiters nach der von ihm geleisteten Arbeitsmenge (Stück, Gewicht, Längen- und Raummaß) also im Hinblick auf einen bestimmten Erfolg geschieht. Der Umstand, daß einerseits Arbeits-Erfolg und -Vergütung in eine gegenseitige Abhängigkeit gebracht sind, die auf das Vorliegen eines Werkvertrages hinzuweisen scheint, anderseits die soziale Stellung der Vertragsteile regelmäßig die Anwendung der Vorschriften über den Dienstvertrag erfordern würde, hat seine rechtliche Natur zu einer äußerst bestrittenen gemacht. Und zwar dreht sich der Streit in der Hauptsache darum: Ist er nur Dienstvertrag (eventuell mit einem besonderen im BGB. nicht näher geregelten Inhalt) oder nur Werkvertrag oder kann er beides sein?

Bezüglich des gewerblichen Akkordvertrages geht nun die herrschende Meinung dahin, daß er nur Dienstvertrag, nicht Werkvertrag sein könne. Die Begründung hierfür wird, soweit man eine solche überhaupt in rechtlichen Erwägungen sucht, teils den §§ 611 ff. BGB. teils dem Tit. VII der GewO. entnommen. Dabei dient regelmäßig als Hauptargument aber nur der Hinweis auf die persönliche Stellung der Vertragsteile. Und zwar in Rücksicht entweder auf ihre allgemeine soziale Verschiedenheit oder den durch das Arbeitsverhältnis selbst geschaffenen Zustand der Ueber- und Unterordnung (Directionsrecht des Arbeitgebers). Außerdem werden, soweit ich sehen kann, nur Zweckmäßigkeitsgründe geltend gemacht, die gegen die Anwendung einzelner Bestimmungen des Werkvertrages auf den Akkordarbeiter sprechen, wie das in § 649 BGB. begründete Kündigungsrecht des Bestellers und vor allem die Auferlegung der Gefahr.

Allein es ist ohne weiteres ersichtlich, daß diese Beweisführung kein durchschlagendes Moment enthält, wenn man die oben dargelegte begriffliche Scheidung festhält, die die herrschende Meinung

zwischen dem Dienst- und Werkvertrag des BGB. zieht. Denn darnach kommt es doch nur darauf an, ob der gewerbliche Arbeiter im Sinne des Tit. VII der GewO. mit dem Arbeitgeber in den Formen des Werkvertrages kontrahieren und demnach beim Akkordvertrag, wie dies tatsächlich häufig geschieht, die Gefahr für das Zustandekommen des Erfolges mit rechtlicher Wirksamkeit übernehmen kann. Nur wenn diese Frage zu verneinen ist, dann wäre der bezüglich des gewerblichen Akkordvertrages verteidigte Rechtsatz haltbar. Dabei dürfte, soweit die Bestimmungen des BGB. über den Dienstvertrag und Werkvertrag selbst in Betracht kommen, aus den an die Spitze gestellten Erörterungen die Antwort sich ohne weiteres in verneinendem Sinne ergeben. Es kann deshalb nur darauf ankommen, ob durch die in Tit. VII der GewO. gegebenen Sonderbestimmungen die Uebernahme der Gefahr ausgeschlossen ist.

Das in Tit. VII a. a. O. für die gewerblichen Arbeiter geschaffene Sonderrecht, soweit es privatrechtlicher Natur ist, enthält unbestrittenermaßen keine erschöpfende Regelung des gewerblichen Arbeitsvertrages, sondern findet seine Ergänzung in dem allgemeinen Zivilrecht, früher der Landesgesetzgebung, jetzt des BGB. Dabei fehlt insbesondere nicht nur eine Bestimmung des Inhalts, daß diese Ergänzung nur den Vorschriften über den Dienstvertrag zu entnehmen ist, sondern § 105 a. a. O. ordnet ausdrücklich an:

„Die Festsetzung der Verhältnisse zwischen den selbständigen Gewerbetreibenden und den gewerblichen Arbeitern ist, vorbehaltlich der durch Reichsgesetz begründeten Beschränkungen, Gegenstand freier Uebereinkunft."

Wo sich also aus der Natur der Sache für ein gewerbliches Arbeitsverhältnis die Möglichkeit der Wahl zwischen verschiedenen Vertragsarten des bürgerlichen Rechtes ergibt, ist diese grundsätzlich auch hier vorbehalten. Es bleibt deshalb nur zu prüfen, ob diese Wahl zwischen Dienstvertrag und Werkvertrag, die in der Uebernahme der Gefahr zum Ausdruck kommt, durch andere reichsgesetzliche Bestimmungen ausgeschlossen ist.

Die privatrechtlichen Vorschriften der Gewerbeordnung selbst, soweit sie hier von Bedeutung sind, beziehen sich einerseits auf die Entlohnung der gewerblichen Arbeiter (§ 115 ff.), anderseits auf die Lösung des Arbeitsverhältnisses (§ 122 ff.). Außerdem wird in § 121 die Gehorsamspflicht umschrieben.

Die Vorschriften über die Entlohnung bezwecken ausschließlich den Schutz des v e r d i e n t e n Lohnes, enthalten sich aber jeder Bestimmung, wann der Lohn verdient sein soll. Ebensowenig ist ein bestimmter Mindestlohn festgesetzt, der den Arbeiter unter allen Umständen für die geleistete Arbeit bezahlt. Gerade darauf aber kommt es bei der Scheidung zwischen Dienst- und Werkvertrag an, in welchem Zeitpunkt das Recht auf die Vergütung entstehen soll. Dieses Recht wird beim Werkvertrag nicht schon durch Leistung der auf den Erfolg gerichteten Arbeit begründet, sondern regelmäßig erst, wenn der Erfolg sich mit der Arbeit verbunden hat. Aus diesem Grunde haben hierher auch die Bestimmungen des § 119a a. a. O. über Lohneinbehaltung und des § 134 Abs. 2 a. a. O. über Lohnverwirkung keinen Bezug, da sie Beschränkungen nur hinsichtlich des schon bestehenden Lohnanspruches zugunsten des Arbeiters festsetzen.

Zu dem gleichen Ergebnis führt auch die Prüfung der anderen reichsgesetzlichen Lohnschutzbestimmungen, nämlich des Lohnbeschlagnahmegesetzes vom $\frac{21.\ \mathrm{VI}.\ 69}{29\ \mathrm{III}.\ 97}$ und des Aufrechnungsverbotes in § 394 BGB. Auch hier handelt es sich nur um die Sicherung des schon verdienten Lohnes gegen bestimmte Eingriffe Dritter oder des Arbeitgebers. Es ist deshalb irrig, wenn man durch diese Vorschriften wenigstens den § 634 BGB. für den Akkordvertrag ausschließen will, soweit er durch die Uebernahme der Gefahr zum Werkvertrage geworden ist. Denn bei dem hier dem Besteller eingeräumten Recht der Wandelung oder Minderung bei Mängeln des Werkes (gleichgültig, ob sie vom Unternehmer verschuldet sind oder ob sie auf Zufall beruhen) handelt es sich um vollständig selbständige Rechtsbehelfe zur Beseitigung oder Herabsetzung des Lohnanspruches, die durch das Verbot der Aufrechnung gegen den Lohn in keiner Weise berührt werden.

Auch die Sondervorschriften der Gewerbeordnung über die Auflösung des gewerblichen Arbeitsverhältnisses stehen in keiner Weise der Gefahrübernahme durch den Arbeiter entgegen. Abgesehen davon muß überhaupt bestritten werden, daß ihre Anwendung auf die Bestimmungen des Werkvertrages zu rechtlichen Schwierigkeiten führt; insbesondere ist nicht ersichtlich, wie das in § 649 BGB. dem Besteller eingeräumte Kündigungsrecht dem Arbeiter im Gegensatz zu den Vorschriften des Dienstvertrages irgendwelche Nachteile bringen soll; denn eine solche Kündigung läßt seinen Anspruch auf die vereinbarte Vergütung grundsätzlich unberührt und berechtigt den Besteller nur unter bestimmten Voraussetzungen, für die ihm die Beweislast überbürdet ist, zu gewissen Abzügen.

Es muß hiernach daran festgehalten werden, daß weder die Bestimmungen des BGB. über den Dienst- und Werkvertrag noch die Vorschriften der Gewerbeordnung und des Lohnbeschlagnahmegesetzes dem gewerblichen Arbeiter die rechtliche Möglichkeit nehmen, durch die Uebernahme der Gefahr die volle Haftung für den Erfolg seiner Arbeit zu übernehmen und dadurch seine Arbeitsleistung durch Vertrag mit dem Arbeitgeber unter das Recht des Werkvertrages zu stellen.

Die einzige Möglichkeit zu einem anderen Ergebnis zu kommen und die Freiheit der Wahl zwischen Dienst- und Werkvertrag für die hierher

gehörigen Fälle auszuschließen, dürfte nur die Anwendung des § 138 Abs. I BGB. gewähren, der ein Rechtsgeschäft für nichtig erklärt, das gegen die guten Sitten verstößt. Denn nach der Erläuterung der Motive sollte mit dieser Bestimmung dem Richter die Befugnis gegeben werden, Verträgen die Rechtswirksamkeit zu versagen, die sich in Widerspruch mit der allgemeinen Volksmoral stellen. Den Maßstab hierfür, erklärt das Reichsgericht (E. in ZS. Bd. 48 S. 114), hat er dem herrschenden Volksbewußtsein „dem Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden“ zu entnehmen. Eine solche Verletzung der allgemeinen Volksmoral dürfte aber m. E. zweifellos darin zu erblicken sein, daß der Unternehmer im wirtschaftlichen Sinne den Arbeiter zum Unternehmer im Sinne des § 631 ff. BGB. durch die Auferlegung der Gefahr macht und unter diesem Gesichtspunkte dürfte deshalb auch die herrschende Lehre berechtigt sein, die den gewerblichen Akkordvertrag ausschließlich als Dienstvertrag erklärt.

Immerhin ist der § 138 Abs. I BGB. eine etwas schwankende Grundlage für die grundsätzliche Beurteilung eines Rechtsverhältnisses von der wirtschaftlichen Bedeutung des gewerblichen Akkordvertrages. Um so mehr, wenn außerdem noch eine Reihe der verwickeltsten Einzelfragen, wie beispielsweise der sog. Gruppenakkord, dem Praktiker die größten Schwierigkeiten bereitet. Es bleibt deshalb dringend zu wünschen, daß der Akkordvertrag entsprechend einer Resolution des diesjährigen Juristentages zu Kiel bald eine möglichst erschöpfende Regelung findet, am besten in Verbindung mit der schon bei der Beratung des BGB. in Aussicht gestellten einheitlichen Regelung des Arbeitsvertrages überhaupt. An modernen Vorbildern wird es dem Gesetzgeber dabei nicht fehlen, besonders wenn der zurzeit dem französischen Parlament vorgelegte Entwurf eines Arbeitsgesetzes zur Verabschiedung gelangt ist.

Mitteilungen aus der Praxis.

Wer ist im Falle des Art. 123 des bayer. AG. z. BGB. beweispflichtig? Die in Nr. 2 des lfd. Jahrgangs S. 51 mitgeteilte Entscheidung des Landgerichts München I darf m. E. nicht unwidersprochen bleiben; denn sie beruht offensichtlich auf irriger Anwendung des Gesetzes, und bevor diese weitere Kreise zieht, erscheint die Geltendmachung der gegenteiligen Ansicht angezeigt.

Die angeführte Entscheidung gibt zu, daß die Anschauung des Amtsgerichts, welches den Beweis für den im Art. 123 a. a. O. festgesetzten Sicherungswert von dem die Eintragung der Sicherungshypothek beantragenden Rentamte verlangt, sich nach dem Wortlaute des Art. 123 vertreten lasse; allein diese Gesetzesstelle wolle Ersatz für § 11 des bayer. HypG. bieten und in erster Linie die fiskalischen Ansprüche sichern: sie wollte „sicherlich den Finanzbehörden nicht ein umständliches Verfahren zum Zwecke der Ermittlung des Wertes der Grundstücke aufbürden“. Dem ist folgendes entgegenzuhalten:

Die Entscheidung des Landgerichts verletzt grundlegende Regeln über die Anwendung und Auslegung von Rechtssätzen und der Grundsätze über die Beweisregeln.

In ersterer Beziehung ist zu betonen, daß, wenn das Gesetz einen unzweideutigen und klaren Wortlaut hat, eine weitere Operation mit dem Willen des Gesetzgebers und seiner Absicht unstatthaft ist, vielmehr eine Auslegung der Gesetzesbestimmung nur im Wege der logischen Auslegung und Schlußfolgerung zulässig ist und der objektive Sinn des Gesetzes allein entscheidet (cf. Staudinger, Komm. Bd. I S. 16). „Dafür, wie das Gesetz ausgelegt werden muß, ist grundsätzlich entscheidend die in den Worten des Gesetzes enthaltene Erklärung; der das Gesetz schaffende „Wille des Gesetzgebers“ tritt daneben in den Hintergrund; seine Wirkung ist an die Form, also daran gebunden, daß er in Worten so erklärt wird, wie die Verfassung es verlangt. Es gibt auch nicht einen Auslegungsgrundsatz des Inhalts, daß der das Gesetz Anwendende vor allem oder nur zu erforschen hat, was der Gesetzgeber gewollt oder nicht gewollt hat“ (cf. Entsch. des ObLG. Bd. 6 n. F. S. 354/5 und die dort Zitierten).

Nach diesen unbestreitbar zutreffenden Grundsätzen beurteilt bietet der Wortlaut des Art. 123 allein ausreichenden Anhalt zu seiner Auslegung; es darf daher nicht, wie geschehen, darüber noch hinausgegangen und gesagt werden, daß die Anschauung des Amtsgerichts nach dem Wortlaut sich vertreten läßt, nach Sinn und Zweck der Vorschrift aber dieser klare Wortlaut nicht beachtet werden darf, sondern zugunsten der Finanzbehörden, da die wörtliche Auslegung sie mit weiteren Ermittlungen belasten würde, lediglich aus Zweckmäßigkeits-, d. h. in diesem Falle aus Bequemlichkeitsgründen eine andere Auslegung erfahren muß.

Diese Ansicht ist nicht bloß willkürlich, sie verstößt vielmehr auch gegen die elementarsten Beweisregeln. „Probatio incumbit ei, qui dicit, non, qui negat“ d. h. derjenige, der in concreto behaupten will, daß der Wert der Grundstücke den zweifachen Betrag des zu sichernden Anspruchs abzüglich der den Sicherungshypotheken im Rang vorgehenden Belastungen erreicht, hat das bei seinem Verlangen auf Eintragung einer Sicherungshypothek zu beweisen. Zwischen Art. 14 des AG. z. BGB. und Art. 123 ebenda und Art. 89 besteht sachlich kein Unterschied. Es wird nun aber keinem Zweifel unterliegen, daß, wenn nach Art. 14 a. a. O. der Bräuer die Erstreckung der Sicherungshypothek auf „andere“ Grundstücke verlangt, er den Nachweis erbringen muß, daß dann erst der Betrag des Kaufpreises durch den Wert der Grundstücke doppelt gedeckt ist; der Bräuer behauptet, daß die weitere Erstreckung der Sicherungshypothek erforderlich ist und er muß daher nach allgemeinen Beweisregeln den diesbezüglichen Beweis liefern: daß man sich auch praktisch dessen bewußt ist, beweist der Inhalt der Entsch. des ObLG. Bd. 5 n. F. S. 428 ff. (gegen diese Ansicht lassen sich die letztinstanziellen Ausführungen natürlich nicht verwerten, welch letztere nur die Frage der Grundstückseinheit im bayer. Hypothekengesetze betreffen; sie sprechen aber sogar direkt für die hier vorgetragene Meinung, weil sie sonst die Verletzung der Beweisregeln durch den vom Amts-

gericht und Landgericht seitens des Bräuers verlangten Nachweis hätten rügen müssen). Was nun dem Bräuer Recht ist, muß den Finanzbehörden billig sein; die hier angefochtene Entscheidung des Landgerichts München I schafft aber bei gleicher Grundlage verschiedenes Recht für den Privatmann und den Staat; wenn die Staatskasse die Eintragung einer Sicherungshypothek verlangen darf, wenn sie die Eintragung aber nur soweit verlangen darf, daß der Wert der Grundstücke den zweifachen Betrag des zu sichernden Betrags erreicht, so ist die logische Schlußforderung doch allein die, daß die Staatskasse, die dieses Recht der Eintragung geltend macht, auch den Nachweis der Nichtüberschreitung der doppelten Deckung ihres Anspruchs liefert; dem steht auch der Hinweis auf § 11 des HypG. nicht entgegen, wenn er angesichts der nunmehrigen gesetzlichen Regelung überhaupt noch als maßgebend erachtet werden könnte, da auch hier in letzter Linie der Beweis den Gläubiger treffen würde.

Das Verfahren endlich, das Art. 123 den Finanzbehörden aufbürdet, ist durchaus nicht so umständlich, als es scheinen möchte. Die Finanzbehörde kann sich von den amtlichen Schätzleuten ohne weiteres eine Schätzung anfertigen lassen; sie kann auch von Art. 87 AG. z. BGB. Gebrauch machen; denn die bei Meikel (AG.) vertretene Ansicht, daß der Gläubiger kein Recht hierauf hat, ist unrichtig und steht auch mit der noch geltenden Instruktion für die Schätzungen und Schätzmänner in Hypothekensachen vom 13. März 1823 in Widerspruch.

Wie ich nachträglich sehe, war die Frage bereits Gegenstand einer Abhandlung in den „Blättern für das bayer. Finanzwesen“ 1902 S. 129 ff. und einer dort mitgeteilten Entscheidung des Landgerichts Aschaffenburg (S. 298), welche beide den hier bekämpften Standpunkt vertreten. Beide Mitteilungen gründen sich auf die Motive zum AG.; es muß aber auch von diesen zugegeben werden, daß Direktiven zur Behandlung nicht gegeben sind. Unter Betonung der angegebenen Verfahrens- und Beweisgrundsätze und unter Hinweis auf den Art. 14 des AG. halte ich die gegenteilige Ansicht nicht für begründet. Es ist doch auch für das Rentamt eine glatte Erledigung durch Beibringung des erforderlichen Nachweises seinerseits angezeigt und erwünscht; denn wenn der Schuldner die Erstreckung der Eintragung anficht, so ergeben sich für das Rentamt Weiterungen, denen es auch durch vermeintliche „tunlichste Einschränkung der Sicherungsansprüche“ nicht auskommt.

Bankdirektor **Bonschab** in München.

Rechtshilfe gegenüber den Vorständen der Berufsgenossenschaften. 1. Die Vorstände der Berufsgenossenschaften sind zum Ersuchen um **eidliche** Vernehmung von Zeugen **nicht** befugt; um **unbeeidigte** Vernehmung von Zeugen können sie ersuchen. 2. Schiedsgerichte und das Reichsversicherungsamt können **auch um eidliche** Vernehmungen ersuchen. 3. Die Beschwerde gegen Verweigerung der eidlichen Zeugenvernehmung auf Ersuchen der Genossenschaftsvorstände ist nicht Dienstaufsichtsbeschwerde, sondern analog der des § 160 GVG. zu behandeln.

Ein Sektionsvorstand einer Berufsgenossenschaft hatte schon einmal im Jahre 1904 das Amtsgericht ersucht, einen Unfallszeugen unter Eid zu vernehmen. Das Amtsgericht hatte damals zunächst das Ersuchen abgelehnt, insoweit es auf Beeidigung gerichtet war, und ausgeführt:

Es handelt sich um das Ersuchen eines Sektionsvorstands (§§ 144, 42 GewUVG.); die Sache befindet sich im Feststellungsverfahren, nicht im Schiedsverfahren; daraus ist allgemein die Zuständigkeit des Sektionsvorstands zum Ersuchen an das Gericht herzuleiten. Das Ersuchen hat sich jedoch auf den Vollzug des GewUVG. zu beschränken. Zum Vollzug dieses Gesetzes gehört nun zwar im Feststellungsverfahren die Aufklärung des Unfalls in objektiver wie in subjektiver Richtung; diese Aufklärung erfolgt aber nicht in den Formen der ZPO., sondern in den Formen des Verwaltungsverfahrens (§ 64 GewUVG.). Die zivilprozessualen Formen sind erst dem auf Berufung gegen den Bescheid folgenden schiedsgerichtlichen Verfahren vorbehalten und insbesondere die hier in Anspruch genommene Amtshandlung der Zeugenvernehmung unter Eid sieht die Kaiserl. VO. vom 22. November 1900 (§ 17 Abs. 3 letzter Satz) für den Vorsitzenden des Schiedsgerichtes vor, ohne daß die gleiche Befugnis im Feststellungsverfahren dem Sektionsvorstand eingeräumt wäre. Der Ausdruck „Berufung“ (gegen den Vorstandsbescheid) ist nicht streng prozessual aufzufassen, so daß etwa das durch den Bescheid abgeschlossene Feststellungsverfahren gegenüber dem schiedsgerichtlichen Verfahren als erstinstanzielles Verfahren zu gelten hätte, in dem Sinne, daß auf ersteres die für das schiedsgerichtliche Verfahren erlassenen prozessualen Bestimmungen analog anzuwenden wären. Gegen eine solche Handhabung zivilprozessualer Formen im Feststellungsverfahren durch den Berufsgenossenschafts- oder Sektionsvorstand spricht schon der Umstand, daß der Sektionsvorstand Organ der Berufsgenossenschaft und die Berufsgenossenschaft selbst ja Partei ist.

Der Sektionsvorstand gab damals auf die so begründete teilweise Ablehnung seines Ersuchens hin eine Vorstellung mit Eventualbeschwerde ab, worin er hervorhob, daß sämtliche bisher (August 1904) zu dem gleichen Zwecke angegangenen Amtsgerichte — nomina sunt odiosa — anstandslos dem Ersuchen um eidliche Vernehmung von Zeugen stattgegeben hätten, und legte zum Belege dafür, daß die Frage zum mindesten zweifelhaft sei und auch tatsächlich von einzelnen höheren Instanzen zugunsten der Berufsgenossenschaften schon entschieden worden sei, vollständige Beschwerdeakten in Abschrift bei; diese enthielten sogar die internen, zum Teil dienstaufsichtlichen Zwischenverfügungen!

Das ausweislich der Beschwerdeakten mit dem gleichen Ersuchen um eidliche Zeugenvernehmung seitens eines Sektionsvorstandes angegangene preußische Amtsgericht R. hat bezüglich der Ablehnung eidlicher Vernehmung schon 1901 die Grundfrage aufgeworfen, ob der Sektionsvorstand berechtigt ist, selbst Zeugen eidlich zu vernehmen; es kam zur Verneinung der Frage und folgerte: ist er hiezu selbst nicht berechtigt, so kann er auch ein Ersuchen an das Amtsgericht um eidliche Vernehmung von Zeugen nicht stellen. Der damalige Sektionsvorstand führte daraufhin aus: Nach §§ 73 und 75 GewUVG. muß dem Rentenantragsteller ein berufungsfähiger Bescheid erteilt werden; wenn über die einzelnen Umstände die

widersprechendsten Angaben vorliegen, so kann ein solcher Bescheid nicht erteilt werden, wenn eine Entscheidung auf Grund eidlicher Einvernehmung nicht möglich gemacht wird; bisher ist eine namentlich aufgeführte Reihe von [— schlesischen —] Amtsgerichten ohne weiteres dem Ersuchen um eidliche Vernehmung von Zeugen nachgekommen (Handbuch der UnfVers. II. Teil S. 432/33 wurde angeführt). Das Amtsgericht R. beharrte trotz dieser Vorstellung auf seinem Standpunkt, soweit er hier interessiert. Der Sektionsvorstand beschwerte sich bei dem Präsidenten des preußischen Oberlandesgerichts B., welcher die Beschwerde an den Präsidenten des Landgerichts R. leitete. Dieser erachtete den Standpunkt des Amtsgerichts als verfehlt hinsichtlich der von diesem gestellten Prinzipienfrage, da doch s. E. Rechtshilfe begrifflich die Gewährung dessen bedeute, was der Ersuchende sich selbst nicht leisten könne; eben **weil** der Sektionsvorstand Zeugen eidlich **nicht** vernehmen könne, **ersuche** er darum das Amtsgericht. Die Pflicht der Rechtshilfe liege nun nach § 144 GewUVG. uneingeschränkt allen Behörden ob, somit auch den Gerichten; die Rechtshilfe erstrecke sich insbesondere auf Zeugenvernehmung, § 144 II l. c. behandle ausdrücklich die Ersatzpflicht der Genossenschaften bzl. der Zeugengebühren; sei aber die Zeugenvernehmung **an sich** zu leisten, so sei auch die **eidliche** Zeugenvernehmung vorzunehmen, wenn der Vorstand der Genossenschaft dies für erforderlich halte. Der Präsident des Landgerichts erachtete demnach die Beschwerde für begründet, erachtete sie aber für eine Dienstaufsichtsbeschwerde, weil sich § 160 GVG. nur auf gegenseitige Rechtshilfe der Gerichte beziehe und deshalb im gegebenen Falle nicht zutreffe.

Auch der Präsident des Oberlandesgerichts erachtete die Beschwerde als begründet, seinerseits aber unter Hinweis auf RG. Bd. 33 S. 423 nicht als Dienstaufsichtsbeschwerde, sondern als Beschwerde analog dem § 160 GVG.; er glaubte jedoch, daß der Richter des Amtsgerichts R. einer rechtlichen Klarlegung zugänglich sein werde. Weil aber dieser Richter in dem hier interessierenden Teil der rechtlichen Klarlegung nicht zugänglich war, wies der I. ZS. des Oberlandesgerichts B. mit Beschluß vom 28. November 1901 das Amtsgericht R. an, das Ersuchen im vollen Umfang, auch soweit es die Beeidigung des Zeugen betrifft, zu erledigen. „Die Pflicht hiezu folgt aus § 144 GewUVG. vom 30. Juni 1900 (RGBl. 585), welcher seinen klaren Zweck verfehlen würde, wenn er sich nicht auch auf die eidliche Zeugenvernehmung erstreckte."

Unter Bezugnahme auf die Beschwerdeakten und den erwähnten Beschluß führte sodann der Sektionsvorstand bei dem Ersuchen vom Jahre 1904 weiter aus:

Wenn schon der Wortlaut des § 144 GewUVG. der diesseitigen Auffassung nicht entgegensteht, so sprechen auch wichtige Billigkeitsgründe dafür, daß den Berufsgenossenschaften nicht die Möglichkeit entzogen werde, schon in der ersten Instanz einwandfreie Beweise und damit genügende Unterlagen für ihre Entscheidungen zu beschaffen. Im andern Falle wären sie gezwungen, da es sich hier um vermögensrechtlich schwer ins Gewicht fallende Entscheidungen handle, in zweifelhaften Fällen nur deswegen einen abweisenden Bescheid zu erteilen, weil es ihnen eben nicht möglich war, die Sache zweifelsfrei aufzuklären. Die Entscheidung müßte dann immer in die höhere Instanz verlegt werden, welche ihrerseits allein in der Lage wäre, eidliche Vernehmungen von Zeugen zu betätigen, womit eine ebenso unnötige wie unliebsame Verschleppung und Verteuerung des Rechtsverfahrens verbunden wäre. Der beim Einlauf dieser Vorstellung als Stellvertreter tätige Richter gab ihr durch beeidigte Vernehmung der Zeugen statt.

Neuerdings kam wiederum ein Antrag des gleichen Sektionsvorstandes um eidliche Vernehmung von Zeugen beim gleichen Gerichte zur Verbescheidung; der Antrag wurde, insoweit er auf **eidliche** Vernehmung gerichtet war, wieder abgelehnt mit der Begründung, daß die Sektionsvorstände zur eidlichen Vernehmung von Zeugen selbst nicht ermächtigt und deshalb auch nicht befugt seien, im Wege der Rechtshilfe mittels Ersuchens an ein Amtsgericht die eidliche Vernehmung von Zeugen herbeizuführen; diesmal konnte die Ablehnung Bezug nehmen auf die inzwischen erschienene 3. Auflage von Delius-Böhm, Handbuch des Rechtshilfeverfahrens S. 71 und eine im Recht 1903 S. 319 Nr. 17 777 abgedruckte Entscheidung des Oberlandesgerichts Colmar I. ZS. vom 14. April 1903. Die Bereitwilligkeit zur uneidlichen Vernehmung der Zeugen wurde ausdrücklich ausgesprochen.

Der Sektionsvorstand wiederholte seinen Antrag auf beeidigte Vernehmung unter Eventualbeschwerde und unter Beilegung der Vorakten sowie der Beilagen zur damaligen Gegenausführung, auf Grund deren sich das Amtsgericht doch im früheren Falle bereit erklärt habe, die eidliche Vernehmung der Zeugen zu betätigen.

Der Vorstellung wurde diesmal nicht wieder entsprochen, sondern die Akten wurden entsprechend dem Eventualantrag dem örtlich zuständigen Oberlandesgerichte München vorgelegt von dem Standpunkte ausgehend, daß es sich, weil eine richterliche Handlung im Rechtshilfeverfahren abgelehnt sei, nicht um eine Dienstaufsichtsbeschwerde sondern um eine Beschwerde analog dem § 160 GVG. handle. Es wurde die Erklärung beigefügt, daß die in den angezogenen Präzedenzfall gemachten Vorstellungen Material für die Gesetzgebung sein möchten, die Entscheidung auf Grund des geltenden Rechtes aber nicht beeinflussen könnten.

Der I. ZS. des Oberlandesgerichts München hat am 19. November 1906 die Beschwerde abgewiesen.[1])

Gründe: In analoger Anwendung von §§ 158 ff., 160 GVG. hat über die Berechtigung zur Ablehnung des Ersuchens das Oberlandesgericht zu entscheiden, zu dessen Bezirk das ersuchte Gericht gehört (RGE. Bd. 33 S. 423, Böhm-Delius, Handbuch des Rechtshilfeverfahrens Aufl. 3 S. 71, insbes. Anm. 21 f.). Hier handelt es sich um ein Ersuchen des Sektionsvorstandes im Sinne des § 144 GewUVG., nicht aber um ein Ersuchen des Schiedsgerichts. Das GewUVG. enthält keine Bestimmung, wonach im Feststellungsverfahren gemäß §§ 63 ff. Zeugen eidlich zu vernehmen wären, insbesondere ermächtigt es die Vorstände der Berufsgenossenschaften nicht zur eidlichen Abhörung von Zeugen. Der Gesetzgeber hätte, wenn er die Vernehmung von Zeugen und Sachverständigen unter Eideszwang während des Feststellungsverfahrens gewollt hätte, um so mehr Anlaß gehabt, diesen seinen Willen unzweideutig auszusprechen, als er für das schieds-

[1]) Anm. d. Herausgebers. Wir haben diese im „Erwägungsstile" abgefaßte Entscheidung ins Deutsche übertragen. Wann werden sich unsere Obergerichte endlich entschließen, zu einer natürlichen Schreibweise zurückzukehren?



richterliche Verfahren die Zulässigkeit der eidlichen Vernehmung ausdrücklich anerkannt hat (vgl. Kaiserl. VO. vom 22. November 1900 betreffend das Verfahren vor den Schiedsgerichten für Arbeiterversicherung §§ 17, 18). Sohin hat das Amtsgericht mit Recht die Beeidigung der Zeugen im gegenwärtigen Stadium des Verfahrens abgelehnt, da sie im Sinne des § 159 II GVG. verboten ist (vgl. Delius-Böhm l. c. S. 71, Entsch. des OLG. Colmar vom 14. April 1903 im „Recht" 1903 S. 319, Entsch. des OLG. Nürnberg vom 4. Oktober 1892, abgedruckt in Böhm's Zeitschrift für internationales Privat- und Strafrecht Bd. III S. 175/180, insbes. S. 177).

Die materielle Entscheidung sollte zum mindesten den § 144 GewUVG. als Verbindungsglied zwischen § 63 ff. GewUVG. und § 159 II GVG. ganz besonders betonen, wenn nicht überhaupt auf §§ 63 ff. und 144 GewUVG. allein unter Weglassung des § 159 II GVG. sich stützen. Daraus, daß es sich in formeller Richtung mangels jeglicher anderweitiger Bestimmungen um analoge Anwendung des § 160 GVG. handelt, folgt noch nicht mit Notwendigkeit, daß auch für die materielle Entscheidung die Bestimmungen des 13. Titels des GVG. und nicht vielmehr die beschränkten Bestimmungen eines Spezialgesetzes (im Gegensatz zum GVG.) Anwendung zu finden haben.

Das Recht auf Ersuchen der Gerichte um eidliche Zeugenvernehmung hat und beansprucht der Vorstand nicht auf Grund der allgemeinen Voraussetzungen des 13. Titels des GVG., denn er ist kein Gericht und kein gerichtlicher Organismus. Wenn er also das beanspruchte Recht überhaupt hat, so baut es sich materiell nicht auf dem GVG. auf, ist also nicht — wenigstens nicht mit Notwendigkeit — aus den materiellen Bestimmungen des Titels 13 GVG. zu beurteilen.

Der Berufs-Genossenschafts-Vorstand hat denn auch das beanspruchte Recht auf Grund und im Rahmen des § 144 GewUVG. „im Vollzug dieses Gesetzes". Soweit er also am Vollzug des GewUVG. Anteil hat, kann er die Gerichte um Vornahme der in seiner Zuständigkeit liegenden Vollzugshandlungen ersuchen.

Im Vollzug des GewUVG. ist aber der Berufs-Genossenschafts-Vorstand in eigener Zuständigkeit nur im Feststellungsverfahren § 63 ff. tätig; folglich kann er nur im Umfang seiner eigenen Zuständigkeit im Feststellungsverfahren die Gerichte ersuchen.

Im Rahmen seiner persönlichen Zuständigkeit liegt aber nicht die eidliche Vernehmung von Zeugen im Feststellungsverfahren (arg. Kaiserl. VO. § 17, 18); deshalb ist er auch nicht zu einem derartigen Ersuchen an das Gericht aus § 144 GewUVG. befugt.

Das Gericht ist aus dem gleichen § 144 berechtigt ein solches Ersuchen abzulehnen. Das widerspricht nun allerdings den Grundsätzen des Rechtshilfeverfahrens nach Titel 13 GVG.; aber wir haben es eben auch mit einem solchen materiell nicht zu tun, wenn nicht von einer ganz fern liegenden, alle Grundsätze preisgebenden Analogie gesprochen werden will.

Der ersuchende Teil ist kein Gericht; damit fällt auch die nach dem Rechtshilfeverfahren nach Titel 13 GVG. für den ersuchenden Teil begründete Vermutung der sachlichen Zuständigkeit selbst weg und es erübrigt dem ersuchten Gerichte ihre Nachprüfung; denn außerhalb des Titels 13 GVG. stehende Gesetze sind bezügl. der sachlichen Zuständigkeit des Ersuchenden für den ersuchenden Teil ebenso geschrieben, wie für den ersuchten; letzterer würde sich der Gesetzesverletzung des ersuchenden Teils mitschuldig machen, wenn er nicht auf Grund des für beide Teile gleich verbindlichen Gesetzes den ersuchenden Teil eben durch Ablehnung der zugemuteten Mitübertretung in den Rahmen des Gesetzes zurückweisen würde.

Diese allgemeine Erwägung wird getragen durch den Wortlaut des § 144 GewUVG., und zwar in einer doppelten Beziehung:

1. Der Ausdruck „Rechtshilfe" ist streng und offenbar geflissentlich vermieden, zweifellos wegen seines durch Titel 13 GVG. geschaffenen engeren Sinnes; es sollen eben die materiellen Grundsätze der Rechtshilfe im engeren Sinne nach Titel 13 GVG. keine Anwendung finden; § 144 GewUVG. soll für beide Teile verbindlich sein und Nachprüfung offen lassen;

2. Die Abfassung des § 144 GewUVG. ist nicht in Form einer „Berechtigungsnorm für den Ersuchenden im Vollzug des Gesetzes", sondern in Form einer „Verpflichtungsnorm für den Ersuchten im Vollzuge des Gesetzes" erfolgt; hierdurch ist doch wohl zum Ausdruck gebracht, daß dem Ersuchten die Nachprüfung zusteht.

Die Ablehnungsbefugnis des Gerichts ist also unmittelbar wohl im § 144 GewUVG. selbst begründet; eine Berufung auf § 159 II GVG. ist gar nicht notwendig. Eine solche Berufung auf § 159 II GVG. ist wohl in entfernter Analogie noch angängig, wenn man sagt: die verlangte Zuwiderhandlung gegen den auch das Gericht bindenden § 144 GewUVG macht die vorzunehmende Handlung für das Gericht zu einer verbotenen im Sinne des § 159 II GVG.; unmittelbar und objektiv verboten ist die vorzunehmende Beeidigung für das Gericht aber sicherlich nicht.

Die Hereinziehung des § 159 II GVG. ist sohin unnötig; ohne entsprechende Betonung des § 144 GewUVG. ist sie außerdem unzulänglich. Die der Beschwerdeentscheidung unterstellte Frage hätte sohin an sich zu lauten: „Ist der Vorstand zu dem Ersuchen berechtigt?", nicht — oder doch nicht in erster Linie —: „Ist das Gericht zur Ablehnung des Ersuchens berechtigt?" Nur insofern als sich die Beschwerde aus formellen Gründen (§ 160 GVG.) gegen das Gericht richtet, tritt nach den Grundsätzen der Logik die zweite Frage in den Vordergrund.

Amtsrichter Eibecker in Deggendorf.

Arglistiges Verschweigen eines Nichthauptmangels beim Viehkauf. Die Ausführungen Meisners in Nr. 24 dieser Zeitschrift, Jhrg. 1906 S. 469 ff., veranlassen mich zu einer kurzen Erwiderung.

1. Meisner hält den von mir aufgestellten Satz: „Der Verkäufer haftet für Nichthauptmängel nicht, er ist deshalb auch nicht verpflichtet, etwa vorhandene Nichthauptmängel dem Käufer zu offenbaren. Verschweigt der Verkäufer beim Handel einen Nichthauptmangel, so handelt er nicht arglistig im Sinne des Gesetzes", für bedenklich, zum mindesten aber geeignet, irre zu führen. Insbesondere sei der von mir aufgestellte Satz unrichtig, daß im Viehhandel arglistiges Verschweigen nur bezüglich der Hauptmängel begangen werden könne. Auch bleibe ich mir selbst nicht treu, weil ich zugebe, daß eine Täuschung unter Umständen auch durch arglistiges Verschweigen verübt werden könne, während ich kurz zuvor die Behauptung aufstelle:

„Arglistiges Verschweigen kann im Viehhandel nur bezüglich der Hauptmängel begangen werden."

Ich muß gegenüber den Ausführungen Meisners den von mir im 2. Jahrgang dieser Zeitschrift Nr. 22 S. 436 ff. vertretenen Standpunkt vollständig aufrecht erhalten. Meisner selbst führt S. 470 l. c. aus: „Wird ein Mangel arglistig verschwiegen, der nicht zu den Hauptmängeln gehört und dessen Abwesenheit auch nicht zugesichert wurde, dann ist allerdings das arglistige Verschweigen für die Haftung des Verkäufers aus dem Kaufvertrag vollständig belanglos."

Es ist also Meisner mit mir der Ansicht, daß das arglistige Verschweigen eines Nichthauptmangels belanglos ist, daß es nicht geeignet ist, Rechtsfolgen zu erzeugen. Wenn das letztere der Fall ist, dann ist es doch auch vollständig korrekt zu sagen:

Arglistiges Verschweigen eines Nichthauptmangels gibt es nicht, oder, Verschweigen eines Nichthauptmangels ist nicht arglistiges Verschweigen im Sinne des Gesetzes, denn an das arglistige Verschweigen eines Nichthauptmangels sind keine Rechtsfolgen geknüpft. Ich betone das insbesondere auch gegenüber den Ausführungen Krückmanns in Nr. 2 S. 29 Jahrg. 1907 dieser Zeitschrift, welche mir erst nach Vollendung dieses Aufsatzes zugegangen ist. Es handelt sich hier durchaus nicht um eine unrichtige theoretische Formulierung meinerseits; rein theoretisch ist selbstverständlich Arglist immer Arglist; rein praktisch, de lege lata, ist das aber anders: In dem einen Fall sind an das arglistige Verschweigen Rechtsfolgen geknüpft, so z. B. wenn es sich um das arglistige Verschweigen von Hauptmängeln handelt; in dem andern Fall wenn es sich um das arglistige Verschweigen von Nichthauptmängeln handelt, sind an das arglistige Verschweigen eben keine Rechtsfolgen geknüpft. Das Verschweigen ist nicht arglistig im Sinne des Gesetzes. Der Nachdruck liegt auf den letzten Worten: „Im Sinne des Gesetzes."

Rechtsfolgen erzeugt nur das arglistige Verschweigen eines Hauptmangels.

Daß arglistiges Verschweigen nicht bloß bei einem Hauptmangel, sondern auch bezüglich einer zugesicherten Eigenschaft begangen werden kann und entsprechende Rechtsfolgen äußert, darin stimme ich selbstverständlich Meisner bei.

Ich habe das auch in der 3. Auflage meines „Viehkauf nach dem BGB." 1904, S. 39 ff. bereits erwähnt.

Rechtsfolgen endlich erzeugt nur die arglistige Täuschung über einen Nichthauptmangel.

Daß auch arglistige Täuschung über einen Hauptmangel oder über eine zugesicherte Eigenschaft Rechtsfolgen äußert, brauche ich nicht weiter auszuführen.

Es ist mir wichtig, zu konstatieren, daß auch Meisner den Standpunkt vertritt, daß der Verkäufer bei arglistigem Verschweigen eines Nichthauptmangels aus dem Kaufvertrag nicht in Anspruch genommen werden kann, daß der Käufer nur dann gegen den Verkäufer mit Erfolg vorgehen kann, wenn eine arglistige Täuschung vorliegt, wenn also die Voraussetzungen des § 123 BGB. gegeben sind. Daß der Käufer auch den Schadensersatzanspruch gemäß § 823 BGB. hat, auch darin stimme ich Meisner bei. Ich kann auch in diesem Punkt auf meinen Viehkauf l. c. S. 44 ff. verweisen, wo ich diese Frage behandelt habe.

2. Wenn dann Meisner weiter ausführt, daß ich mir widerspreche, weil ich zugebe, daß eine Täuschung unter Umständen auch durch arglistiges Verschweigen verübt werden könne, während ich den Satz aufstelle: „arglistiges Verschweigen kann im Viehhandel nur bezüglich der Hauptmängel begangen werden", so kann ich ihm auch in diesem Punkte nicht recht geben.

Ich habe auf Seite 437 unter IV meines Aufsatzes ausdrücklich bemerkt: „Die Täuschung kann auch durch arglistiges Verschweigen verübt werden. Es kommt eben immer auf die Umstände des einzelnen Falles an." Es handelt sich eben dann in einem derartigen Falle nicht mehr um ein arglistiges Verschweigen im technischen Sinne, sondern um eine arglistige Täuschung, deren Erfordernisse nach meinen Ausführungen eben größere sind als die des arglistigen Verschweigens.

3. Die Ansicht, daß im Falle der Anfechtung eines Viehkaufes wegen arglistiger Täuschung der Käufer, welcher den Kaufpreis an den Verkäufer bereits bezahlt hat, nicht im Gerichtsstand des § 29 ZPO. klagen kann, gründet sich auf die Entscheidung des Reichsgerichts vom 25. Okt. 1901, abgedruckt in JW. 1901, Nr. 101—105 S. 864 ff. In dieser Entscheidung heißt es ausdrücklich: „In diesem Falle (nämlich bei vorhandener Nichtigkeit eines Kaufvertrages) charakterisiert sich der Anspruch des Käufers auf Rückzahlung des bereits bezahlten Kaufpreises als Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung nach § 812 BGB. Der eigentliche Klageanspruch wegen der Nichtigkeit des Vertrages ist aber der Anspruch auf Rückgewähr des sine causa gezahlten Kaufpreises. Die Verpflichtung zur Rückgewähr dieses Kaufpreises bildet die streitige Verpflichtung im Sinne des § 29 ZPO. Diese Verpflichtung ist nach § 269 BGB. im Zweifel am Wohnsitz des Schuldners zur Zeit ihrer Entstehung zu erfüllen."

Daß auch die Anfechtungsklage des § 123 BGB. im Gerichtsstand des § 29 ZPO. erhoben werden kann, wenn der Käufer den Kaufpreis noch nicht bezahlt hat, darin stimme ich Meisner bei.

Rechtsanwalt Dr. Stölzle in Kempten.

Aus der Praxis der Gerichte.

Reichsgericht.

A. Zivilsachen.

I.

§§ 133, 157, 242 BGB. Der bierbezugspflichtige Wirt hat keine Verpflichtung, dem ihn wegen Verletzung der Bezugspflicht auf Schadensersatz belangenden Brauer Auskunft über die Menge des anderweit bezogenen und verzapften Biers zu geben. Aus den Gründen: Der Beklagte beschwert sich über seine Verurteilung zur Auskunftserteilung über die Menge des in dem Anwesen Haus in S. während der Zeit vom 1. Mai 1905 bis spätestens 23. November 1913 verzapften, nicht aus der klägerischen Brauerei in T. bezogenen Bieres. Das OLG. hat die Auskunftspflicht des Beklagten für die Zeit vom 1. Mai bis zum 1. Oktober 1905 aus dem Vertrage zwischen ihm und der Klägerin entnommen, wonach er persönlicher Schuldner

der Klägerin sei, und hat hierzu ausgeführt: „Eine Auskunftspflicht sei allerdings im Vertrage nicht bestimmt. Allein sie ergebe sich aus den Gesichtspunkten, von denen die §§ 133, 157, 242 BGB. beherrscht würden. Wenn der Gläubiger nach den vorliegenden Umständen im unklaren darüber sei, was er zufolge seines Rechtes tatsächlich von dem Schuldner fordern dürfe, so müsse der Schuldner das Seinige zur Klarstellung beitragen. Darauf beruhe die Verpflichtung des § 260 BGB., auch sei eine Auskunftspflicht des Schuldners seinem Gläubiger gegenüber in den §§ 2011, 2027, 2057, 2314 und 2362 BGB. festgesetzt, einer rechtsähnlichen Anwendung stehe nichts im Wege, es sei hierin überhaupt nur die Anwendung des zuvor ausgesprochenen allgemeinen Rechtsgrundsatzes auf geeignete Einzelfälle zu erblicken. Demnach müsse der im Besitze der Wirtschaft gebliebene Wirt, der den Bierabnahmevertrag verletzt habe, dem Bräuer Auskunft über die Menge des anderwärts bezogenen und verzapften Bieres geben, so lange er dazu imstande sei." Dieser Begründung ist nicht beizutreten. Eine allgemeine Rechtspflicht des Schuldners zur Auskunftserteilung und Rechnungslegung kennt das BGB. nicht, eine solche kann weder aus § 260 BGB., der sich nur auf einen Inbegriff von Gegenständen bezieht, noch im Wege der Analogie aus den vom Berufungsrichter angerufenen Paragraphen des Erbrechts hergeleitet werden, da diese Vorschriften auf den besonderen erbrechtlichen Verhältnissen beruhen, die sich von den auf Vertrag beruhenden persönlichen Schuldverhältnissen wesentlich unterscheiden. Für besonders geartete vertragliche Rechtsverhältnisse ist durch ausdrückliche gesetzliche Vorschrift eine gewisse Auskunftspflicht des einen Teiles gegenüber dem anderen Teile vorgesehen z. B. in den §§ 91 und 65 des HGB., und es mag zugegeben werden, daß in ähnlich liegenden, gesetzlich in dieser Beziehung nicht ausdrücklich geregelten Fällen mit Hilfe der §§ 133, 157 und 242 BGB. eine Auskunftspflicht hergestellt werden kann. Allein hier handelt es sich nur um einen Schadensersatzanspruch wegen Vertragsverletzung; die Klägerin behauptet, der Beklagte habe den angeblich zwischen ihnen bestandenen Vertrag dadurch verletzt und sie geschädigt, weil er nicht seinen gesamten Jahresbraunbierbedarf aus ihrer Brauerei bezogen habe, sie ist auch in der Lage, durch Anwendung der gesetzlich zulässigen Beweismittel den ihr bezüglich der Höhe des Schadens obliegenden Beweis soweit zu erbringen, daß das Gericht den Schaden in Anwendung des § 287 ZPO. bemessen kann. Bei dieser Sachlage hätte es eines besonderen Vorbringens und einer näheren Begründung bedurft, um aus den erwähnten Bestimmungen des BGB. eine Auskunftspflicht des Beklagten herzuleiten. Die Annahme des OLG., Beklagter sei als persönlicher Schuldner für die Zeit vom 1. Mai bis 1. Oktober 1905 auskunftspflichtig, ist sonach unhaltbar. Aber auch die **dingliche** Haftung des Beklagten aus der Sicherungshypothek von 6000 Mk.[1]) kann die Verurteilung zur Auskunftserteilung nicht rechtfertigen. Das OLG. hat zur Begründung seiner gegenteiligen Ansicht ausgesprochen, daß die dingliche Haftung nicht durchaus jede persönliche Verpflichtung ausschließe. Daraus folgt aber keineswegs, daß, soweit der Befriedigung des Gläubigers eine Klarstellung des Anspruchs vorauszugehen habe, hierbei der Eigentümer des Grundstücks als dessen Vertreter mitzuwirken habe. Wie hervorgehoben, kennt das BGB. eine allgemeine Rechtspflicht zur Auskunftserteilung und Rechnungslegung nicht, es hat solche nur für ganz bestimmte Fälle vorgesehen, deren Natur die Anordnung der Auskunftspflicht rechtfertigt, nicht aber auch für den bloß dinglich Verpflichteten aus einer Sicherungshypothek. Auch verwaltet Beklagter nicht die Wirtschaft des Hypothekenbestellers, sondern betreibt seine eigene Wirtschaft und kann jedenfalls für die Zeit seit dem 1. Oktober 1905 sein Bier kaufen, wo er will, er ist seitdem in Hinsicht des Bierbezugs der Klägerin gegenüber persönlich nicht gebunden; die materiellrechtliche Unterlage der Sicherungshypothek bildet ein Schadensersatzanspruch der Hypothekengläubigerin, aber nur gegen den Hypothekenbesteller, nicht auch gegen Beklagten. Bei dieser Sachlage bietet das Gesetz keine Handhabe für die in Rede stehende Auskunftspflicht des Beklagten. (Urteil des II. ZS. vom 27. Nov. 1906).

812 — ge.

II.

§ 326 BGB. Die vom Verkäufer an den den Abruf weigernden Käufer gerichtete Aufforderung, hintereinander zu beziehen, andernfalls sich Verkäufer genötigt sehe, die Ware anderweitig zu verkaufen und den Käufer für die Differenz verantwortlich zu machen, ist nicht Setzung einer Nachfrist mit Anzeige der Wahl des Schadensersatzes wegen Nichterfüllung, sondern eine verschärfte Mahnung. Ende November 1903 kaufte Beklagter von der Klägerin das Material zu 60 weißen Kachelöfen zu 68 Mk. für den Ofen; mit der Lieferung war 14 Tage nach dem Vertragsabschluß zu beginnen; von da ab war jede Woche mindestens eine Fuhre Material an Beklagten zu senden. Bis auf das Material zu 39 Oefen ist der Vertrag erfüllt und die Zahlung geleistet und zwar am 20. Februar 1904. Klägerin hat dem Beklagten das Material für die übrigen 39 Oefen angeboten und ihn auf Zahlung des Kaufpreises von 2652 Mk. nebst 4 % Zinsen seit dem Klagetage verklagt. Landgericht und Oberlandesgericht haben die Klage abgewiesen. Die Revision hatte Erfolg.

Aus den Gründen: Am 31. März 1904 hat Klägerin beim Beklagten angefragt, wann er die übrigen Oefen abzunehmen gedenke. Am 20. April 1904 schrieb Klägerin an den Beklagten: „Ich ersuche Sie nunmehr, hintereinander diese Oefen zu beziehen, andernfalls ich mich genötigt sehe, solche anderweitig zu verkaufen und Sie für die Differenz verantwortlich zu machen". In dem Brief vom 20. April 1904 findet der Berufungsrichter zunächst eine Fristsetzung dahin gehend, hintereinander d. h. nach den im Kaufvertrag bestimmten Fristen abzunehmen. Diese Fristsetzung sei eine solche im Sinne des § 326 BGB; denn der zweite Teil des Schreibens enthalte die Erklärung, daß nach Ablauf der Nachfrist (der Berufungsrichter sagt, „wenn Beklagter nicht sofort mit Abnahme gemäß Vertrag beginne") die Annahme der Erfüllung abgelehnt werde; zugleich verbinde sich mit dieser Androhung die Anzeige, daß Klägerin Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlange. An diese Wahlanzeige erachtet der Berufungsrichter die Klägerin gebunden, so daß sie nicht mehr, wie geschehen, auf Erfüllung klagen könne (§ 326 Abs. 1 BGB.). Diese Ansicht beruht auf Rechtsirrtum. Zur Bewirkung der Leistung der Klägerin, deren Erfüllungsbereitschaft nicht angezweifelt ist, war eine Handlung des Beklagten, nämlich der Abruf erforderlich. Der Beklagte hat auf Mahnung nicht abgerufen. Deshalb geriet der Beklagte allein schon durch das briefliche Angebot der Klägerin in Annahmeverzug, § 295 BGB. Der Annahmeverzug ist Gläubigerverzug; er hat zur Folge, daß der Verkäufer den Selbsthilfeverkauf nach § 373 HGB. vornehmen darf und alsdann die Differenz als Kaufpreisrest mit der Erfüllungsklage verlangen kann. Daß Schuldnerverzug vorliegt, auf welchen § 326

[1]) Der frühere Eigentümer der Wirtschaft hatte diese Sicherungshypothek für etwaige Ansprüche der Klägerin aus dem mit ihr geschlossenen Bierlieferungsvertrage bestellt. Der Beklagte war bei Uebernahme der Wirtschaft nur in die dingliche Haftung für die Hypothek eingetreten.

BGB. Anwendung zu finden hätte, ist nirgends behauptet, vom Berufungsrichter auch nicht festgestellt. Das Schreiben vom 20. April 1904 hat daher nur die Bedeutung verschärfter Mahnung zur Erfüllung d. h. zum Abruf (Urt. des II. ZS. vom 6. November 1906, II 142/06). — ge.

811

III.

Zu §§ 254, 266, 365, 437, 438, 765, 766 BGB. Die Uebernahme der Haftung für die Güte einer abgetretenen Hypothek ist keine Bürgschaft, sie kann für längere Zeit hinaus vereinbart sein und der Zedent wird nicht schon dadurch von ihr frei, daß dem Zessionar ein ungenügendes Zahlungsangebot vom Schuldner gemacht wird.

Gründe: Mit Unrecht will der Revisionskläger die bestrittene Haftungsübernahme für die Güte der Hypothek als Bürgschaft und daher ohne schriftliche Beurkundung als nichtig gemäß § 766 BGB. erachtet wissen. Sie war vielmehr nur die Nebenabrede über Gewährleistung zu einem Vertrag, der sich aus Hingabe an Zahlungsstatt und Kauf zusammensetzte, für den aber, wie der Vorderrichter mit Recht annimmt, Kaufgrundsätze zur Anwendung kamen. (§§ 365, 437, 438 BGB.). Diese Nebenabrede bedurfte der Niederschrift nicht und es ist rechtsirrtümlich, sie überhaupt als Bürgschaft aufzufassen. Die §§ 765 ff. BGB. haben nur die freiwillige und besonders gefährliche Haftungsübernahme für rein fremde Schulden im Auge und wollen diese durch Anordnung der Schriftform einschränken oder doch mit gewissen Sicherungsvorschriften umgeben, sie denken aber nicht an Fälle, da jemand seine eigene, wenn auch vielleicht nur moralische Verkäufer- oder Zahlerverbindlichkeit dem Gesetze gegenüber vertragsmäßig verschärft . . . (vgl. RGZ. 61, 157).

Richtig ist, daß § 365 BGB. insoferne nicht einschlägt, als er den Abtretenden nur zur Haftung wegen eines Mangels im Rechte ebenso wie der § 437 daselbst verpflichtet, aber zutreffend führt der Berufungsrichter aus, daß dies ebensowenig wie die Vermutung des § 438 hindert, daß der Empfänger einer Forderung vertragsmäßig sich die Haftung des Abtretenden für deren Güte, und zwar nicht nur für die Zeit der Abtretung — wo im gegebenen Falle die Hypothek ja lange noch nicht fällig war — sondern auch für weiterhinaus ausbedingt . . .

Nach §§ 365, 437, 438 BGB. war der Vertrag seitens des Beklagten auch am 1. Oktober 1902 und später keineswegs vollständig erfüllt, der Beklagte mußte immer noch für volle Befriedigung der Klägerin mit 8000 Mk. haften und Sorge tragen und es ist nicht rechtsirrtümlich, wenn die Vorderrichter darin keine Verletzung von Vertragspflicht, Treu und Glauben durch die Klägerin fanden, daß diese auf das ungenügende angebliche Zahlungsangebot seitens des Hauptschuldners von 7000 Mk. oder 7500 Mk. weitere Schritte unterließ. Auch ein Mitverschulden des Schadens im Sinne des § 254 kann darin nicht erblickt werden. Zu Teilleistungen ist der Schuldner nach § 266 BGB. überhaupt nicht berechtigt. (Urt. des V. ZS. vom 29. Dezember 1906, V 213/06). — — r.

814

B. Strafsachen.

I.

Hehlerei der Ehefrau. Aus den Gründen: Zum Begriff des Ansichbringens im Sinne von § 259 StGB. gehört ein auf gegenseitiger Willensübereinstimmung beruhender, freilich keinerlei bürgerlich-rechtliche Vertragsbeziehungen erzeugender Erwerb der tatsächlichen Verfügungsgewalt zum Zwecke ihrer willkürlichen Ausübung, m. a. W., die durch Uebergabe und Empfang bewirkte Schaffung eines äußeren Verhältnisses zur Sache, das dem Empfänger ermöglicht, über sie, wie über seine eigene Sache, d. h. für sich, zu eigenen Zwecken, zu verfügen. Hiernach erfüllt nicht jede Aushändigung und Annahme das Merkmal des Ansichbringens, vielmehr kommt es auf die Willensrichtung der Beteiligten und auf den tatsächlichen Erfolg an. Ueberantwortet ein Ehemann die von ihm mittels strafbarer Handlungen erlangten Sachen an seine mit ihm in häuslicher Gemeinschaft lebende Ehefrau, so lassen sich ihr gegenüber aus der bloßen Tatsache, daß sie das Ueberantwortete annimmt und im Haushalt verwendet oder zu künftiger derartiger Verwendung aufbewahrt, noch keine bündigen Folgerungen in der Richtung ziehen, ob eine Uebertragung der ganzen Verfügungsgewalt oder die Einräumung einer Mitverfügungsgewalt beabsichtigt war und ob spätere Verfügungen der Ehefrau als in Betätigung eigener Willensentschließung oder als nur in Vertretung des Ehemannes geschehend anzusehen sind. Wenn auch die in einer ehelichen Wohnung befindlichen Gegenstände im gemeinsamen Gewahrsam beider Eheleute stehen, so gebührt doch die Verfügungsgewalt an sich ausschließlich dem Ehemann kraft seines umfassenden Verwaltungsrechtes und es bildet eine nach den besonderen Begleitumständen jedes Falles zu entscheidende Tatfrage, inwieweit er seiner Ehefrau durch Ausfolgung von Gegenständen zum Verbrauch oder zur Verwahrung eine ausschließliche oder wenigstens eine geteilte Verfügungsgewalt zugesteht. Insbesondere kann der Verbrauch, wenn er im Haushalt erfolgt, auf einer ausdrücklichen oder stillschweigenden Anordnung des Ehemannes beruhen, also Ausfluß seiner Verfügungsgewalt sein, sofern er nach § 1389 Abs. 1 BGB. den ehelichen Aufwand zu tragen hat (Urteil des I. Strafs. vom 13. Dez. 1906. 1 D 977/06). — ch.

805

II.

Ablehnung der zum Zwecke der Verzögerung der Sache gestellten Beweisanträge. (§ 243 StPO.). Anträge auf Beweiserhebung können aus dem Grunde abgelehnt werden, weil sie nur zur Verschleppung der Sache gestellt sind. Voraussetzung ist aber, daß der Antrag nicht ernst gemeint ist, d. h., daß der Angeklagte überhaupt nicht beabsichtigt, die behaupteten Tatsachen zu beweisen, sich vielmehr bewußt ist, sie nicht beweisen zu können, und ausschließlich unter der Form eines Beweisantrags zu einer ungerechtfertigten Vertagung der Urteilsfällung gelangen will. Ob ein solcher Fall vorliegt, hat allerdings der Instanzrichter tatsächlich zu prüfen und zu entscheiden (E. d. RG. Bd. 12 S. 335, Bd. 13 S. 151, Bd. 20 S. 206). Da es sich aber immer nur um einen besonderen Ausnahmefall handelt, muß die Ablehnung sorgfältig begründet werden, so daß das Revisionsgericht beurteilen kann, ob die tatsächlichen Erwägungen überall auf rechtlich einwandfreier Grundlage beruhen (Rechtspr. d. RG. Bd. 7 S. 550, Bd. 10 S. 148). Diesen Anforderungen entspricht der angefochtene Beschluß nicht.

Es fehlt zunächst jede Andeutung darüber, daß ein ernstgemeinter Beweisantrag überhaupt nicht vorliege, was um so nötiger gewesen wäre, als kurz zuvor die Erhebung des Beweises beschlossen worden war. Der bloße Ausdruck der Ueberzeugung, „der Antrag sei nur zur Verschleppung gestellt", ist unzureichend. Die weitere Erwägung, daß das Gericht nach dem Ergebnisse der bisherigen Beweisaufnahme, insbesondere durch die eidliche Bekundung mehrerer glaubwürdiger Zeugen, die Ueberzeugung erlangt habe, es könnten die benannten Zeugen die in ihr Wissen gestellten Tatsachen nicht bekunden bzw. die Tatsachen würden, auch wenn bekundet, für die Entscheidung nicht von Einfluß sein, läßt irrige Auffassungen

nicht ausgeschlossen erscheinen. Der Sinn des ersten Grundes geht dahin, daß die Bekundungen der benannten Zeugen gegenüber der Aussage schon vernommener Zeugen keinen Glauben verdienen würden. Das schließt eine unzulässige Vorwegnahme des Ergebnisses einer künftigen Beweisaufnahme in sich (E. d. RG. Bd. 1 S. 189, Bd. 5 S. 312; Rechtspr. d. RG. Bd. 3 S. 768, Bd. 6 S. 453, Bd. 7 S. 296). Der zweite Grund läßt jede Erörterung darüber vermissen, ob eine rechtliche oder eine tatsächliche Unerheblichkeit vorliegen soll und inwiefern dies der Fall ist (E. d. RG. Bd. 1 S. 189, Bd. 21 S. 237). Eine klare Begründung wäre aber um so mehr erforderlich gewesen, als es sich um ein schwurgerichtliches Verfahren handelt (E. d. RG. Bd. 7 S. 76; Rechtspr. d. RG. Bd. 9 S. 175). Dazu kommt, daß der zweite Grund dem ersten den Boden entzieht. (Urt. d. V. StrS. v. 22. Januar 1907. 5 D 1223/06).

798 — — — e —

III.

Betrug bei Eingehung eines Vertrags[1]) (§ 263 StGB.). Daß die Angeklagten in allen Fällen in der Absicht gehandelt haben, sich einen Vermögensvorteil zu verschaffen, der nach der Sachlage nur rechtswidrig sein konnte, kann als rechtlich bedenkenfrei festgestellt gelten. Zum Tatbestand des vollendeten Betrugs gehört eben, daß der Angeklagte durch Vorspiegelung falscher oder durch Entstellung oder Unterdrückung wahrer Tatsachen einen Irrtum erregt oder unterhält und dadurch jemanden zur Verfügung über sein Vermögen veranlaßt. In ursächlichem Zusammenhange mit dieser Vermögensdisposition muß die Vermögensbeschädigung liegen. In letzterer Beziehung sind die Grundsätze zu beachten, die das Reichsgericht in Bd. 16 S. 1 ff. der Entscheidungen aufgestellt hat. Darnach muß, wenn es sich um einen Betrug bei Eingehung eines Vertrags handelt, durch dessen Abschluß das Vermögen einer Person in seiner Gesamtheit beschädigt d. h. in seinem Gesamtwerte vermindert sein. Die Entscheidung hängt deshalb nicht allein davon ab, was der Getäuschte auf Grund des Vertrags zu leisten verpflichtet ist und tatsächlich leistet, sondern wesentlich auch davon, welche Gegenleistung er dafür zu beanspruchen hat. Diese Leistung und Gegenleistung sind gegeneinander abzuschätzen; nur dann ist eine Vermögensbeschädigung gegeben, wenn sich dabei zuungunsten des Getäuschten eine Differenz ergibt, wobei allerdings die Frage streng nach der Individualität des einzelnen Falles, also nach den individuellen Verhältnissen des Getäuschten beantwortet werden muß. Handelt es sich demnach um einen Betrug bei Eingehung eines Kaufvertrags, so muß zunächst der Wert des Kaufgegenstandes festgestellt werden, der keineswegs dem im Vertrage festgesetzten Kaufpreise gleich zu sein braucht; die Feststellung muß zwar nicht auf Heller und Pfennig erfolgen, wohl aber insoweit, als die Strafzumessung von der Größe des Schadens beeinflußt sein kann (Urt. d. V. StrS. vom 29. Januar 1907, 5 D 1203/06).

799 — — — e —

IV.

Hehlerei; Begriff des „An sich bringen" (§ 259 StGB.). Das Tatbestandsmerkmal des „An sich bringens" erfordert die Erlangung der Sache im Wege des abgeleiteten Erwerbs, die Uebertragung der tatsächlichen Verfügungsgewalt von dem bisherigen Inhaber auf den Erwerber in dem beiderseitigen Einverständnisse, daß letzterer darüber fortan wie ein Eigentümer oder doch zu eigenen Zwecken verfüge. An dieser Feststellung gebricht es. Das Urteil spricht davon, daß der Angeklagte das Verzehren der gewilderten Rehe in seiner Wirtschaft duldete, daß er die Rehe als Haushaltungsvorstand „in seine Wirtschaft nahm und dort verzehren ließ." Weder das eine noch das andere enthält ein „An sich bringen" im obigen Sinne, zumal auch ein Einverständnis des Täters mit dem „Nehmen" oder „Verzehrenlassen" nicht festgestellt ist. (Urt. d. V. Strafsenats vom 2. Januar 1907. 5 D 770/06). — — — — e —

792

[1]) Vgl. darüber und über Betrug bei Erfüllung eines Vertrags insbesondere auch die Entsch. d. RG. in Goltdammers Archiv Bd. 47 S. 283; Bd. 50 S. 392.

Oberstes Landesgericht.

Zivilsachen.

I.

Zwei Vorstandsmitglieder einer Genossenschaft können, sofern das Statut nicht entgegensteht, einem dritten Vorstandsmitgliede zur Vornahme bestimmter Geschäfte oder für einen bestimmten Geschäftskreis der Genossenschaft Vollmacht erteilen. Das bevollmächtigte Vorstandsmitglied kann namens der Genossenschaft mit den Vorstandsmitgliedern, welche die Vollmacht erteilt haben, für ihre Person Rechtsgeschäfte abschließen. (BGB. § 181, Ges. über die Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften §§ 25, 42). Eine Bank, eingetragene Genossenschaft m. b. H., hat einen aus drei Mitgliedern bestehenden Vorstand; zur Abgabe von Willenserklärungen und zur Zeichnung für die Genossenschaft sind nach dem Statute je zwei Vorstandsmitglieder berechtigt, für Grundbuch- und Zwangsversteigerungsangelegenheiten kann mit Genehmigung des Aufsichtsrats jedes einzelne Vorstandsmitglied zur alleinigen Vertretung der Bank bevollmächtigt werden. In notarieller Urkunde haben auf Grund dieser Bestimmung die Vorstandsmitglieder L. und A. mit Genehmigung des Aufsichtsrats dem dritten Vorstandsmitgliede M. Vollmacht zur Vertretung der Bank in den bezeichneten Angelegenheiten erteilt. M. hat namens der Genossenschaft mit notarieller Urkunde der Genossenschaft gehörige Grundstücke an das Vorstandsmitglied L. verkauft, zugleich haben beide Teile die Auflassung erklärt. Das Grundbuchamt lehnte die Eintragung ab, weil die Auflassung gegen die Vorschrift des § 181 BGB. verstoße. Das Landgericht hat die Beschwerde der Genossenschaft zurückgewiesen. Es erachtete zwar die Erteilung einer Vollmacht für bestimmte Geschäfte oder einen bestimmten Geschäftskreis an ein einzelnes Vorstandsmitglied für zulässig, weil das bevollmächtigte Mitglied nicht als Vorstand sondern als Vertreter des Vorstandes handle, trat aber dem Grundbuchamte darin bei, daß § 181 BGB. der Gültigkeit der Auflassung entgegenstehe. Die Vollmacht werde nicht von der Genossenschaft erteilt sondern gehe vom Vorstand aus, der Bevollmächtigte könne nicht ein Rechtsgeschäft der Genossenschaft mit einem Vorstandsmitgliede vornehmen, das bei der Erteilung der Vollmacht mitgewirkt hat, dies würde nach § 164 BGB. der Vornahme des Rechtsgeschäfts durch das Vorstandsmitglied mit sich selbst gleichstehen, wegen des Widerstreits der Interessen könne das Vorstandsmitglied in einer solchen Angelegenheit nicht durch ein anderes von ihm mitbevollmächtigtes Mitglied des Vorstandes tätig sein. Das Oberste Landesgericht hob auf weitere Beschwerde die Entscheidungen der Vorinstanzen auf.

Gründe: Das LG. hat mit Recht angenommen, daß die Bevollmächtigung eines Vorstandsmitglieds einer eingetr. Genossenschaft zur Wahrnehmung von Grundbuch- und Zwangsversteigerungsangelegenheiten der Genossenschaft mit der Vorschrift des § 25 Abs. 1 Satz 3 GenG. nicht im Widerspruch steht, nach der zur Abgabe von Willenserklärungen des Vorstandes und zum Zeichnen für die Genossenschaft nicht weniger als zwei Vorstandsmitglieder bestimmt werden dürfen.

Das Gesetz gestattet im § 42 Abs. 1 die Bestellung von Bevollmächtigten der Genossenschaft zum Betriebe von Geschäften der Genossenschaft und zu deren Vertretung in bezug auf diese Geschäftsführung und schließt im Abs. 2 des § 42 nur die Bestellung von Prokuristen oder von Handlungsbevollmächtigten zum gesamten Geschäftsbetrieb aus. Die Vertretung der Genossenschaft in einem bestimmten Geschäftszweige kann daher auch einem einzelnen Bevollmächtigten übertragen werden und es besteht kein Grund, die Erteilung einer solchen Vollmacht an ein Vorstandsmitglied für unstatthaft zu halten. Hier ist die Vollmacht für M. durch die Vorstandsmitglieder L. und A. erteilt worden, die Frage, ob bei der Vollmachtserteilung das zu bevollmächtigende Vorstandsmitglied mitwirken kann, kommt daher nicht in Betracht. M. ist in der Vollmachtsurkunde vom 25. Juni 1906 nicht zum Bevollmächtigten der Vorstandsmitglieder L. und A. sondern nach § 42 Abs. 1 GenG. zum Vertreter der Genossenschaft bestellt worden, er hatte sie in dem in der Vollmacht bestimmten Geschäftszweig an Stelle des Vorstandes zu vertreten und war für seine Geschäftsführung ihr unmittelbar verantwortlich. Seine Vertretungsmacht war daher nicht von der Amtsdauer der Vorstandsmitglieder L. und A. abhängig, die ihm die Vollmacht erteilt haben, sondern bestand auch im Falle ihres Ausscheidens aus dem Vorstande fort und konnte nur von dem jeweiligen Vorstande widerrufen werden. Da bei der Auflassung M. als Vertreter der Genossenschaft und L. als Privatperson gegenüberstanden, so ist für die Anwendung des § 181 BGB. auf sie kein Raum. Ein Widerstreit der Interessen liegt nicht vor; M. hatte als Vertreter der Genossenschaft nur deren Interesse wahrzunehmen, die Mitwirkung des L. als Vorstandsmitglied bei der Erteilung der Vollmacht begründete nicht ein Rechtsverhältnis zwischen L. und M., vermöge dessen dieser ein Interesse des L. als Privatperson wahrzunehmen hatte. Die bloße Möglichkeit, daß bei pflichtwidrigem Verhalten des M., wofür es an jedem Anhalte fehlt, das Interesse der Genossenschaft gegenüber L. nicht gewahrt wurde, kommt nicht in Betracht, eine solche Möglichkeit besteht bei jedem Rechtsgeschäft, das von einem Vertreter mit irgend einem anderen vorgenommen wird. (Beschl. des I. ZS. vom 26. Januar 1907, Reg. III 7/07).

824 W.

II.

GBO. §§ 18, 76, 71 Abs. 2. DA. f. d. GrBAe. § 64 Abs. II. — Beruht das Hindernis einer beantragten Eintragung auf einem leicht zu bessernden offensichtlichen Versehen, so hat das Grundbuchamt eine angemessene Frist zur Hebung des Hindernisses zu bestimmen. Eine entgegen diesem Grundsatz erfolgte Zurückweisung der Eintragung hindert den wirksamen Vollzug einer später beantragten Eintragung nicht. Mit Urkunde des Notariats L. vom 13. Dezember 1906 verkaufte die Bäckersfrau E. B. in O. an den Bauunternehmer Adolf W. dort und seine Frau ihr im Grundbuch für O. eingetragenes Wohnhaus Nr. 14, Pl.-Nr. 1399¹/₇; die Beteiligten erklärten die Auflassung und beantragten die Eintragung des Eigentumsüberganges. In der Notariatsurkunde wurde das Grundstück versehentlich mit Plan-Nr. 1397¹/₇ bezeichnet. Das Grundbuchamt, dem die Urkunde am 15. Dezember 1906 vorgelegt wurde, lehnte deshalb am 21. Dezember die Eintragung ab. Am nämlichen Tage wurde bei dem Grundbuchamte der Antrag gestellt, für den Kaufmann W. W. in L. zur Vollziehung eines von ihm gegen E. B. erwirkten Arrestbefehls auf dem Grundstücke der Schuldnerin, Plan Nr. 1399¹/₇, eine Sicherungshypothek einzutragen. Am 27. Dezember wurde eine Urkunde des Notariats L. vom 24. Dezember vorgelegt, in der die Angabe der Plannummer in dem Vertrage vom 13. Dezember berichtigt und die Eintragung einer Vormerkung zur Sicherung des Anspruchs der Eheleute W. auf Uebertragung des Eigentums an dem Grundstücke beantragt wurde. Das Grundbuchamt hat hierauf am 29. Dezember die Arresthypothek und am 4. Januar 1907 die Vormerkung eingetragen. Gegen die Verfügung vom 21. Dezember erhob Adolf W. Beschwerde mit dem Antrage, das Grundbuchamt anzuweisen, durch Zwischenverfügung eine Frist zur Hebung des der Eintragung des Eigentumsüberganges entgegenstehenden Hindernisses zu bestimmen und die für W. W. eingetragene Sicherungshypothek zu löschen. Das LG. hat die Beschwerde zurückgewiesen. Es erachtete das Verfahren des Grundbuchamts für gerechtfertigt, weil die Erledigung von Erinnerungen wegen mangelhafter Anträge seitens des Notariats L. „in einzelnen Fällen" verzögert worden sei, und die Erlassung einer Zwischenverfügung mit Bestimmung einer Frist zur Hebung des Mangels „ohnehin schon eine Hemmung im Grundbuchverkehr bedeute". Auch die weitere Beschwerde wurde zurückgewiesen.

Gründe: Die Erwägungen des Beschwerdegerichts verkennen den Sinn des § 18 GBO. Das Grundbuchamt hat, wenn der beantragten Eintragung ein Hindernis entgegensteht, die Frage, ob der Antrag sofort zurückgewiesen oder dem Antragsteller eine Frist zur Hebung des Hindernisses bestimmt werden soll, nach pflichtmäßigem Ermessen zu entscheiden. Es darf nicht jeden Mangel als Grund zur Zurückweisung ansehen, sondern muß prüfen, ob der Mangel leicht und ohne besonderen Zeitverlust zu beseitigen ist, und bejahendenfalls den Beteiligten Gelegenheit zur Hebung des Hindernisses geben (vgl. DA. f. d. GrBAe. § 64 Abs. II). Hier hätte das Grundbuchamt, wenn es diese Prüfung vorgenommen hätte, nicht zu dem Entschlusse kommen können, den Antrag wegen eines offensichtlichen Versehens bei der Angabe der Plannummer des durch Hinweisung auf das Grundbuchblatt richtig bezeichneten Grundstücks zurückzuweisen. Die Erwägung, daß sich bei dem Notariate L. die Erledigung von Erinnerungen wegen mangelhafter Anträge öfter verzögert habe, konnte das Grundbuchamt nicht der Prüfung überheben, ob im vorliegenden Falle die Berichtigung des Versehens ohne besonderen Zeitverlust zu erwarten sei. Dabei war auch zu berücksichtigen, daß die Beteiligten nicht auf die Dienste eines bestimmten Notars angewiesen sind und ihre berichtigende Erklärung auch vor dem Grundbuchamt abgeben konnten. Eine ungebührliche Verzögerung wurde durch Bestimmung einer angemessenen Frist von vorneherein ausgeschlossen. Zu einer „Hemmung im Grundbuchverkehr" kann die Fristbestimmung nicht führen; die Vorschrift des Abs. 2 des § 18 beugt jeder Verzögerung der Erledigung späterer, dasselbe Recht betreffender Anträge auf Eintragung vor. Der Schwebezustand, den die Eintragung einer Vormerkung für die später eingetragenen Rechte mit sich bringt, endigt nach dem Abs. 1 Satz 2 des § 18 spätestens mit Ablauf der Frist.

Gleichwohl muß der weiteren Beschwerde der Erfolg versagt werden. Mit dem Antrag auf Bestimmung einer Frist zur Berichtigung der Angabe der Pl.-Nr., die schon in der Urkunde vom 24. Dezember 1906 berichtigt worden ist, bezweckt der Beschwerdeführer, daß der Eigentumsübergang mit Vorrang vor der am 29. Dezember eingetragenen Sicherungshypothek eingetragen, diese also unwirksam werde, und im Zusammenhange damit beantragt er die Eintragung eines Widerspruchs gegen die Eintragung der Sicherungshypothek. Diesen Anträgen kann nicht stattgegeben werden. Die Sicherungshypothek ist nach §§ 867, 932 ZPO. mit der Eintragung entstanden. Der Wirksamkeit der Eintragung stand der Umstand nicht entgegen, daß der Antrag auf Eintragung des Eigentumsüberganges mit Unrecht zurückgewiesen worden war; das

Grundbuch ist durch die Eintragung der Sicherungshypothek nicht unrichtig geworden, für die Eintragung eines Widerspruchs ist daher kein Raum. Die einmal erfolgte Eintragung kann nach § 71 Abs. 2 GBO. nicht durch Beschwerde mit der Wirkung angefochten werden, daß nachträglich der Eigentumsübergang mit Vorrang vor ihr eingetragen und damit ihr die rechtliche Wirksamkeit entzogen werden könnte; das Grundstück kann nur noch belastet mit der Sicherungshypothek in das Eigentum des Beschwerdeführers und seiner Ehefrau übergehen. (Beschl. des I. ZS. v. 8. Febr. 1907, Reg. III Nr. 9/1907). W.

825

III.

Hinterlegung wegen Ungewißheit des Gläubigers. Rechtliche Natur des Hinterlegungsverfahrens nach Landesrecht. (§§ 372 ff. BGB.; AG. z. BGB. Art. 167, XXII; Hinterlegungsordnung vom 18. Dezember 1899). Die Beklagten, Ehegatten K., sind — als dinglich und persönlich für die durch Hypothek an ihrem Anwesen in N. gesicherte Darlehensforderung der F. U. haftend — durch ein Urteil des LG. schuldig erklärt worden, an den Kläger, dem ein Teil dieser Forderung von einem Bürgschaftsgläubiger der F. U. nebst einem Pfandrecht an der Hypothekforderung abgetreten worden war, 1500 Mk. — Zug um Zug gegen Löschung des Pfandrechts — zu zahlen und die Zwangsvollstreckung in ihr Anwesen zu dulden. Nachdem die Beklagten Berufung eingelegt hatten, hinterlegten sie die Schuldsumme bei der für den Bezirk des Amtsgerichts N. als Hinterlegungsstelle bestimmten Bank, weil Unsicherheit darüber bestehe, zu welcher Höhe der Kläger forderungsberechtigt sei, da auch andere Gläubiger infolge von Pfändungen der ganzen Hypothekenforderung Ansprüche auf die zuerkannte Forderung machen könnten. Später wollten die Beklagten die hinterlegte Summe zurücknehmen. Das Amtsgericht lehnte es ab, die beantragte Weisung an die Bank zu erlassen und verwies die Antragsteller an das Prozeßgericht. Dieses wies den Antrag ab, weil die Zustimmung des Klägers und der Pfändungsgläubiger zur Zurücknahme nicht dargetan sei. Die Beschwerde wurde zurückgewiesen.

Aus den Gründen: Die Entscheidung des OLG. ist gerechtfertigt, aber nicht aus den Gründen, auf denen sie beruht. Das OLG. hat sich als das mit der Entscheidung des Rechtsstreites befaßte Gericht für zuständig erachtet, auch darüber zu entscheiden, ob die Hinterleger die Rückgabe des hinterlegten Geldes verlangen können; es war aber hierfür nicht zuständig.

Der Anspruch auf Rückgabe einer hinterlegten Sache gründet sich auf den Vertrag zwischen dem Hinterleger und der Hinterlegungsstelle (Rehbein, BGB. Bd. 2 S. 310, Bem. I, 9 zu den §§ 372 bis 386, Crome, System des Deutschen Bürgerl. Rechts Bd. 2 S. 277). Das mit der Hinterlegung zusammenhängende weitere Verfahren kann sich abwickeln, ohne daß ein Rechtsstreit über den Anspruch anhängig ist, zu dessen Befriedigung die Hinterlegung erfolgte. Das die Rückgabe an den Hinterleger betreffende Verfahren ist selbständig und wird auch nicht dadurch zu einem Teile des zwischen dem Hinterleger und seinem Gläubiger anhängigen Rechtsstreites, daß die Hinterlegung während des Rechtsstreites erfolgte. Die Hinterlegung steht nur insofern in Beziehung zu dem Rechtsstreit, als der Hinterleger sich gegen den Anspruch seines Gläubigers nach Maßgabe der §§ 378, 379 BGB. verteidigen kann. Die Beklagten haben sich im Rechtsstreit auf die Hinterlegung auch berufen, das LG. hat aber angenommen, daß über die Person des Berechtigten Zweifel nicht bestehen können und hat deshalb die Beklagten zur Zahlung verurteilt. Die Hinterlegungsstelle ist an dem Rechtsstreite nicht beteiligt. Es widerspricht den Grundsätzen über das Verfahren, daß ein Dritter, der sich nicht aus einem der in den §§ 64 bis 77 ZPO. bezeichneten Gründe an dem Rechtsstreite beteiligt, als Partei behandelt wird. Das durch die Hinterlegung zwischen dem Hinterleger und der Hinterlegungsstelle begründete Rechtsverhältnis wird dadurch nicht berührt, daß zwischen dem Hinterleger und seinem Gläubiger ein Rechtsstreit anhängig wird. Die Beklagten konnten also nicht verlangen, daß das OLG. die Rückgabe des hinterlegten Geldes an sie anordne. Das Hinterlegungswesen ist durch besondere Vorschriften geregelt. Nach Art. 145 EG. z. BGB. können die Landesgesetze über die Hinterlegung nähere Bestimmungen treffen, insbesondere den Nachweis der Empfangsberechtigung regeln. Abgesehen davon, daß die Bestimmungen mit den Vorschriften des BGB. nicht in Widerspruch stehen dürfen, sind in der Art der Regelung die Landesgesetze nicht beschränkt; sie können sogar für die Ansprüche gegen die Hinterlegungsstelle den Rechtsweg ausschließen. Auf Grund jenes Vorbehalts wurde durch Art. 167 Ziff. XXII des AG. z. BGB. unter Aenderung des Art. 76 AG. z. GVG. bestimmt, daß für die in Angelegenheiten des bürgerlichen Rechtes oder nach den Vorschriften über das gerichtliche Verfahren erfolgenden Hinterlegungen bei den Amtsgerichten Hinterlegungsstellen errichtet werden und daß die näheren Bestimmungen über die Hinterlegung durch Kgl. Verordnung getroffen werden. Auf Grund dieser Bestimmungen erging die das gerichtliche Hinterlegungswesen betreffende Hinterlegungsordnung vom 18. Dezember 1899. Sie bestimmt im § 49 hinsichtlich der bei der Kgl. Bank hinterlegten Sachen, daß die Herausgabe nur auf Weisung des Amtsgerichts stattfindet, für dessen Bezirk die Kgl. Bank Hinterlegungsstelle ist. Im § 55 Abs. 2 ist ferner bestimmt, daß für Beschwerden gegen Verfügungen des Amtsgerichts (§ 49) die Vorschriften des § 10 gelten. Dieser bestimmt, daß über die Beschwerde gegen eine Verfügung des ersten Hinterlegungsbeamten — § 3 Abs. 2 — das Präsidium des Landgerichts entscheidet und daß gegen dessen Entscheidung Beschwerde zum Justizministerium stattfindet. Das Hinterlegungswesen ist hierdurch für eine Angelegenheit der Justizverwaltung erklärt (Henle-Schneider, AG. z. BGB. Vorbem. 1 zu den Art. 129 bis 133 AG., S. 199). Die Entscheidung des Prozeßgerichts über den vom Amtsgericht abgelehnten Antrag anzurufen, war daher unstatthaft. (Beschl. vom 26. November 1906 [II. ZS.] Reg. II. 75/06). K.

816

IV.

Bestellung eines Pflegers in den Fällen des § 1910 BGB. Voraussetzung zur Anordnung der Pflegschaft ohne Einwilligung des Gebrechlichen. Katharina R., Ehefrau des G. M. R., beabsichtigt die Ehescheidung. Nach Erhebung der Klage stellte sie beim Amtsgericht den Antrag, behufs Durchführung des Scheidungsverfahrens für den Mann einen Pfleger zu bestellen, da er an Verfolgungswahn leide. Das Amtsgericht wies den Antrag ab, weil G. M. R., mit dem nach dem Ergebnisse der zum früheren Entmündigungsverfahren angestellten Ermittelungen eine Verständigung wohl möglich sei, nach seinem Verhalten in der Angelegenheit mit der Bestellung eines Pflegers nicht einverstanden sei. Die Beschwerde wurde vom LG. zurückgewiesen, nachdem es dem Mann vom Antrage Mitteilung gemacht hatte und dieser durch einen Rechtsanwalt die Erklärung hatte abgeben lassen, daß er weder körperlich noch geistig gebrechlich sei und daß er seine Einwilligung zu der Bestellung eines Pflegers nicht erteilen werde. Auf die weitere Beschwerde der Antragstellerin wurde die Entscheidung aufgehoben und die Sache zurückverwiesen.

Gründe: Die Geisteskrankheit, an der der Mann leidet, ohne im allgemeinen außerstande zu sein, seine Angelegenheiten zu besorgen, kann nach § 1910 Abs. 2

BGB. Anlaß zur Anordnung einer Pflegschaft für die Durchführung des Scheidungsverfahrens geben, sofern er infolge seines geistigen Gebrechens diese Angelegenheit nicht besorgen kann. Die Pflegschaft darf nach dem Abs. 3 des § 1910 nur mit seiner Einwilligung angeordnet werden, es sei denn, daß eine Verständigung mit ihm nicht möglich ist. Die Möglichkeit der Verständigung liegt nicht, wie das LG. annimmt, schon deswegen vor, weil G. M. R. die Bedeutung der Anordnung einer Pflegschaft kennt und seiner Willensmeinung über diese Maßregel Ausdruck geben kann. Es kommt darauf an, ob seine Willensmeinung durch vernünftige Ueberlegung bestimmt oder von krankhaften Vorstellungen beherrscht ist. Ist bei seiner Entschließung infolge der Geisteskrankheit die freie Willensbestimmung ausgeschlossen, so ist darüber, ob die Pflegschaft anzuordnen sei, eine Verständigung mit ihm nicht möglich; sein Widerspruch ist nicht das Ergebnis einer Verständigung, sondern ein Ausfluß seiner Geisteskrankheit. Damit steht der Beschluß des Kammergerichts vom 9. März 1905 (RJA. 6, 2) nicht im Widerspruch; er verneint nur, daß jede Geisteskrankheit ohne weiteres die Möglichkeit einer Verständigung ausschließe, und bezeichnet es als Gegenstand besonderer Prüfung, ob ihr diese Wirkung zukommt. Das Beschwerdegericht durfte sich daher der Prüfung der von der Beschwerdeführerin aufgestellten Behauptung, daß ihr Mann in der Frage der Anordnung einer Pflegschaft für das Scheidungsverfahren von krankhaften Vorstellungen beherrscht sei, nicht entschlagen. (Beschl. vom 20. Okt. 1906 [I. ZS.] Reg. III 72/06).

768 K.

Oberlandesgericht Zweibrücken.

Verkauf einer Apotheke: Bindung des Käufers über das Ende des auf sein Konzessionsgesuch eingeleiteten Verwaltungsverfahrens hinaus? Besondere rechtliche Natur des Verkaufs konzessionspflichtiger Apotheken? Verkauft ist ein Anwesen, in dem eine Apotheke betrieben wird, mit der Kundschaft und dem Apothekenzubehör. Bei der Uebernahme war eine Baranzahlung zu leisten; die Gültigkeit des Vertrags war davon abhängig, daß der Käufer die Konzession erhalte; er war verpflichtet, sich sofort darum zu bewerben. Würde sie nicht verliehen, sollte der Vertrag als nicht geschlossen gelten und der Verkäufer die Kosten zu tragen haben. Der Käufer erhielt die persönliche Konzession; das Gesuch eines dienstälteren Bewerbers wurde nicht berücksichtigt, weil er keinen angemessenen Preis zahlen konnte. Da der Mitbewerber Beschwerde einlegte, bestellte der Verkäufer den Käufer zum Apothekenverwalter bis zur endgültigen Entscheidung über die Konzession. Die zur Anzahlung bestimmte Summe wurde bei einer Bank hinterlegt, wobei beide Teile erklärten, daß sie bis zur endgültigen Erledigung des Konzessionsgesuches hinterlegt bleibe und, wenn der Käufer die Konzession erhalte, an den Verkäufer, andernfalls an den Käufer hinauszugeben sei. Das Ministerium verlieh unter Aenderung des Regierungsbescheides die Konzession dem Mitbewerber unter der Bedingung, daß er binnen einer von der Regierung zu setzenden Frist die Apotheke erwerbe. Da er sich mit dem Apothekenbesitzer nicht einigte, wurde das Wertfestsetzungsverfahren durchgeführt. Der Konzessionar zog hierauf seine Bewerbung zurück, das Ministerium aber wies die Regierung zu anderweitiger Konzessionserteilung an. Der Käufer — der inzwischen an einem anderen Orte eine Apotheke erworben hatte — erklärte der Regierung auf Anfrage, daß er kein neues Gesuch einreiche, und verlangte vom Verkäufer die Freigabe der Anzahlung, da der Vertrag nicht wirksam geworden sei; der Verkäufer weigerte sich und klagte auf Ersatz der ausgelegten Staats- und Notariatsgebühren; im Laufe des Rechtsstreits gab er die Anzahlung frei. Das OLG. wies die Klage des Verkäufers ab und legte ihm die gesamten Kosten der verbundenen Rechtsstreitigkeiten auf.

Aus den Gründen: Der Verkäufer mußte die Anzahlung freigeben und die Verbriefungskosten tragen, sobald durch Ministerialentscheidung feststand, daß der Käufer die Konzession nicht erhalte. Entscheidend ist, ob der Käufer nach der Erteilung des Ministerialbescheids noch an den Vertrag gebunden war. Die Frage ist zu verneinen; eine längere Bindung des Käufers folgt weder aus dem Sinn und Wortlaut der ME. noch aus der besonderen Natur der Verkäufe konzessionspflichtiger Apotheken oder der hier bestehenden Verkehrssitte. 1. Die ME. war ein endgültiger und in Ansehung der Person des Käufers das Verfahren in unbedingter Weise schließender Verwaltungsbescheid. Dem Käufer stand kein weiteres Rechtsmittel zu (§ 6 ApothO. v. 27. Januar 1842, Art. 30, 31 GewG. v. 30. Januar 1868, § 53 VollzVO. v. 29. März 1892 z. GewO.); auf das weitere Verfahren zwischen Verkäufer und Konzessionar hatte er keine Einwirkung: er konnte in dem von ihm eröffneten Verfahren die Konzession nicht mehr erhalten. Daß die Konzession dem Mitbewerber nicht sofort endgültig verliehen wurde, ändert nichts. Man mag die der ME. angefügte Klausel als eine aufschiebende oder auflösende Bedingung (Art. 12 GewG. v. 1868) auffassen oder — was richtiger ist (vgl. eine ME. v. 1900 i. d. PharmazWschr. 1900 S. 457) — als Auflage, jedenfalls lebte, wenn der Mitbewerber die Bedingung oder Auflage nicht erfüllte, die in der 1. Instanz erteilte Konzession nicht wieder auf, sondern es mußte ein neues Verfahren beginnen. Aus dem Worte „abändern" in der ME. kann nicht geschlossen werden, daß der Regierungsbescheid beim Ausfall der Bedingung oder Auflage wieder aufleben sollte: die Terminologie entscheidet nicht; es ist übrigens Gebrauch der Verwaltungsgerichte, von „Abänderung", nicht von Aufhebung, auch dann zu reden, wenn an die Stelle eines angefochtenen Bescheides sachlich ein anderer tritt. Zog der siegreiche „Konzessionar" seine Bewerbung zurück, so wurde ein neues Verfahren eröffnet und es bedurfte einer Willensäußerung des Käufers, wenn er darin wieder als Bewerber auftreten wollte. Daß die Regierung die (durch ME. v. 31. Dezember 1870 vorgeschriebene) öffentliche Ausschreibung nicht wiederholte und beim Käufer anfragte, ob er seine Bewerbung „aufrechterhalte", ist belanglos; übrigens beweist gerade diese Anfrage, daß ein neues Verfahren begann, da sie sonst überflüssig gewesen wäre. 2. Willkürlich ist die Behauptung des Verkäufers, daß nach der Natur der Sache bei Apothekenkäufen der Käufer so lange gebunden sei, bis es sich — gleichviel wie viele Verwaltungsverfahren nötig seien — endgültig entscheide, ob sich die Konzession mit dem Eigentum der Apotheke in seiner Hand vereinigt oder nicht. Es wäre das eine sehr weitgehende Bindung und man muß fragen, welche Gegenleistung für diese außerordentliche Bindung geboten wird. Der unbedingte Verzicht des Verkäufers auf die Konzession kann es nicht sein; er findet ja nicht bedingt zugunsten des Käufers sondern unbedingt statt — bedingte Verzichte sind mit der Persönlichkeit und Unveräußerlichkeit der Konzession unvereinbar (ME. v. 26. Juni 1882) — und er ist, da nur eine erledigte Konzession verliehen werden kann (ME. v. 31. März 1883), nur die Voraussetzung dafür, daß es zu Lebzeiten des Apothekenbesitzers überhaupt zu einer neuen Vergebung der Apotheke kommt. Freilich entäußert sich der unbedingt verzichtende Apothekenbesitzer eines Vermögenswertes; da er aber nicht zugunsten seines Käufers verzichten und diesem durch den Vertrag keinen Vorzug verschaffen kann (ME. v. 31. Dezember 1870, 29. August 1871), so kann er auch vom Käufer keine

nach Dauer oder Tragweite ungewöhnliche Bindung verlangen. Wollte man eine solche Bindung annehmen und, was aber mit der persönlichen Natur der Konzession in Widerspruch steht, hier überhaupt von einer Gegenleistung reden, so könnte eine Gegenleistung für den Verzicht des Apothekenbesitzers nur in der Möglichkeit gefunden werden, zu Lebzeiten auf den Uebergang der Apotheke an einen anderen Einfluß zu üben, die Gegenleistung für die lange Bindung des Käufers aber darin, daß der Apothekenbesitzer dem Käufer nach Tunlichkeit zum Erwerbe der Apotheke hilft, indem er dem von der Behörde vorgezogenen „Konzessionar" unerfüllbare Zahlungsbedingungen setzt. Diese Konsequenz wird aber, wie aus den Gutachten der Sachverständigen hervorgeht, von den beteiligten Kreisen nicht gezogen. 3. Eine allgemeine pfälzische Verkehrssitte des Inhalts, daß sich der Käufer so lange an den Vertrag gebunden erachtet, bis sich Konzession und Eigentum an der Apotheke in einer Hand vereinigen, besteht nicht. (Wird ausgeführt). Natürlich ist es möglich, daß es die Vertragsteile, wenn sie unter sich einig sind, dahin bringen können, daß der Käufer schließlich die Konzession erhält, und der Käufer kann auch seine Bewerbung solange erneuern, bis der Verkäufer die Apotheke ihm oder einem Dritten um einen genehmen Preis überlassen kann: das ist aber keine auf Gesetz oder Verkehrssitte beruhende Wirkung der Schließung eines Kaufvertrages über eine Apotheke. Im einzelnen Falle kann eine Bindung nur durch eine besondere Vereinbarung begründet werden. Hat es der Verkäufer unterlassen, mit dem Käufer zu vereinbaren, wie es zu halten ist, wenn der Ministerialbescheid ungünstig ausfällt, so trifft ihn der Nachteil. (Urt. des II. ZS. vom 25. April 1906, 181/05).

809 Mitg. von Oberlandesgerichtsrat Lunglmayr in Zweibrücken.

Oberlandesgericht Bamberg.

Streitgenossenschaft unter Wechselschuldnern. Berufungseinlegung gegen Streitgenossen. (§§ 59, 60, 511, 516, 518, 603 ZPO., Art. 49, 81 WO.). Die Firma H. erhob wegen einer Wechselforderung Klage gegen M. u. S. als Streitgenossen. Das LG. erließ gegen ersteren Versäumnisurteil, gegen letzteren bedingtes Endurteil. Die Klägerin legte gegen beide Beklagte Berufung ein, die in der Richtung gegen M. als unzulässig verworfen wurde.

Aus den Gründen: Die Berufung richtet sich gegen zwei Personen, die in der Klage als Streitgenossen in Anspruch genommen waren. Bei dem Wechsel war M. als Aussteller, S. als Akzeptant beteiligt. Nach Art. 49, 81 WO. u. § 603 Abs. 2 ZPO. kann der Wechselgläubiger gegen mehrere Verpflichtete in einer Klage vorgehen; es entsteht dadurch aber nur eine einfache (unechte) Streitgenossenschaft nach § 60 ZPO., da jede der mehreren, aus einem Wechsel hervorgehenden Verpflichtungen ihre selbständige tatsächliche und rechtliche Begründung hat (Gaupp-Stein, 6. u. 7. Aufl. § 59 Anm. III Note 3; § 60 Anm. II Abs. 2; Staub, WO., 2. Aufl. Art. 81 § 11c). Die Berufung ist gegen beide Beklagte als Streitgenossen eingelegt. Nach § 535 ZPO. hat das Berufungsgericht von Amts wegen zu prüfen, ob das Rechtsmittel an sich statthaft und in gesetzlicher Form und Frist eingelegt sei. Bei der Prüfung, ob die Berufung statthaft sei, kommt in Betracht, ob sich das Rechtsmittel gegen ein der Berufung unterliegendes Urteil richtet und ob der Berufungsbeklagte passiv legitimiert ist. Da nach § 511 a. a. O. die Berufung gegen die in 1. Instanz erlassenen Endurteile stattfindet und hier nach der Berufungsschrift sich das Rechtsmittel gegen das bedingte Endurteil richtet, liegt ein berufungsfähiges Urteil vor. Das Rechtsmittel ist nur zulässig gegen die Partei, die dem Berufungskläger in 1. Instanz als Gegner gegenüber stand und zu deren Gunsten das Urteil erging. Ist daher gegenüber einem Streitgenossen in 1. Instanz ein berufungsfähiges Urteil nicht erlassen worden, so ist die Berufung gegen ihn ohne Rücksicht auf die Art der Streitgenossenschaft unzulässig. Beim Vorhandensein eines berufungsfähigen Urteils kann die Berufung im Falle der einfachen Streitgenossenschaft gegen jeden Streitgenossen selbständig eingelegt werden, aber sie hat — in Gegensatz zu der notwendigen Streitgenossenschaft — keine Wirkung für die anderen Streitgenossen. Hier ist das angefochtene Urteil in einem Teile des Prozesses ergangen, in dem sich nur die Klägerin und S. gegenüberstanden. Ein berufungsfähiges Urteil gegen M. ist nicht vorhanden; denn das gegen ihn erlassene Versäumnisurteil unterliegt für die Klägerin, weil es ihrem Antrage stattgibt und rechtskräftig geworden ist, der Berufung nicht. Das gegen M. eingelegte Rechtsmittel ist also nicht statthaft. Die Berufung ist aber auch M. gegenüber nicht in gesetzlicher Form und Frist eingelegt worden (§§ 516, 518 ZPO.). Da das angefochtene Urteil von S. nur der Klägerin zugestellt wurde, ist die Berufungsfrist für M. noch nicht in Lauf gekommen; denn bei jeder Streitgenossenschaft, der einfachen wie der notwendigen, beginnt die Notfrist für jeden Streitgenossen mit der an ihn bewirkten Zustellung des Urteils. Die Einlegung der Berufung vor Zustellung des Urteils ist nach § 516 Abs. 2 Satz 2 wirkungslos. (Urteil des I. ZS. vom 9. Juni 1906, BerR. Nr. 30/06).

761 Mitgeteilt von Oberlandesgerichtsrat Schäfer in Bamberg.

Landgericht München I.

Gebühren ärztlicher Sachverständiger für Aktenstudium. In der Entmündigungssache v. F. wurde der Antrag zurückgezogen, während der Sachverständige (Oberarzt der Kreisirrenanstalt E.) noch mit dem Studium der umfangreichen Akten beschäftigt war. Seine Liquidation zu 10 Mk. für Aktenstudium wurde vom Amtsgericht zurückgewiesen, weil die VO. v. 17. Nov. 1902 hierfür eine besondere Vergütung nicht vorsehe. Auf Beschwerde wurden die 10 Mk. angewiesen:

Aus den Gründen: Die VO. ordnet die Gebühren ärztlicher Sachverständiger vor Gericht so, daß die zunächst für Verwaltungssachen erlassene VO. hinsichtlich einzelner ihrer Vorschriften als Taxnorm im Sinne des § 13 ZSGO. erklärt ist, also die Bestimmungen der ZSGO., insbesondere die §§ 3 bis 5, 14 ausgeschaltet sind. Der Gebührentarif der VO. enthält nun neben dem Honorar für mündliche Gutachten (6 Mk. bis zu 2 Stunden Terminsdauer) und neben der Entlohnung für schriftliche Gutachten (10 bis 50 Mk.) nur Ansätze für mikroskopische, physikalische, bakteriologische und chemische Untersuchungen (Ziff. 5, 6), während Ziff. 7 von der „Wundbeschau und sonstigen ärztlichen Untersuchungen und Beobachtungen mit Befundbericht und vorläufigem Gutachten" spricht. Es besteht deshalb die Meinung, daß mangels Erwähnung des Aktenstudiums im Tarif eine Gebühr hierfür nicht zulässig sei; die Anhänger dieser Meinung pflegen dafür die Gebühr für das schriftliche Gutachten etwas höher zu greifen. Die Unrichtigkeit dieser Ansicht zeigt sich jedoch schon im Falle des mündlichen Gutachtens, weil hier über den Betrag von 6 Mk für 2 Stunden hinaus ein Spielraum überhaupt nicht gewährt ist, obwohl die wissenschaftliche Leistung ganz die gleiche wie beim schriftlichen Gutachten sein kann. Dies tritt noch mehr hervor, wenn es, wie hier, zu einem Gutachten nicht kommt. Es wäre befremdlich, wenn der Sachverständige für stundenlange im Auftrage

des Gerichts geleistete Arbeit nichts erhalten sollte. Zu einer so auffälligen Auslegung gibt aber die VO. auch keinen Anlaß. Wenn sie das in der gerichtlich-medizinischen Praxis so außerordentlich häufige Aktenstudium nicht erwähnt, anderseits aber allgemein von „sonstigen ärztlichen Untersuchungen und Beobachtungen" spricht, so liegt es nahe, hierunter gerade das Aktenstudium mitzuverstehen. Denn in Wirklichkeit bildet es für die geistige Tätigkeit des Sachverständigen keinen Unterschied, ob er den Körper des zu Untersuchenden selbst oder eine Abbildung besichtigt (z. B. eine Röntgenphotographie) oder ob er eine Beschreibung des Zustandes in den Akten liest. Aus dem gleichen Grunde werden ja Vorbesuche bei dem Kranken unter Ziff. 7 gerechnet, obwohl sie dort nicht ausdrücklich genannt sind. Wenn endlich Ziff. 7 von Beobachtungen „mit Befundbericht" spricht, so besteht darüber kein Zweifel, daß damit nur ein allenfallsiger Befundbericht genannt ist, nicht aber die in Ziff. 7 genannten Untersuchungen deshalb nachträglich unentlohnt bleiben sollten, weil zufällig ein Befundbericht nicht mehr erforderlich wird. Selbst wenn übrigens die VO. nicht unmittelbar die Gebühr für das Aktenstudium entnehmen ließe, wäre diese Gebühr noch nicht unzulässig; denn § 3 Abs. 1 verweist für die im Tarif nicht erwähnten Fälle auf die VO. v. 17. Okt. 1901, betr. die ärztlichen Gebühren in der Privatpraxis. In letzterer sind insbesondere die Ansätze für Besuche und Beratungen geregelt, deren in der VO. v. 17. Nov. 1902 keine Erwähnung geschieht; ein Ansatz für Aktenstudium findet sich allerdings auch in der erstgenannten VO. nicht. Dafür enthält sie aber eine Generalklausel zugunsten analoger Anwendung auf nicht ausdrücklich geregelte Fälle. Diese gilt kraft der Verweisung auch für die VO. v. 17. Nov. 1902 und muß zur entsprechenden Anwendung der Ziff. 7 des Tarifs der VO. v. 17. Nov. 1902 führen. Die §§ 3 ff. ZSGO. kommen hiernach überhaupt nicht weiter in Betracht und es kann deshalb dem in der Zeitschrift für Rechtspflege in Bayern 1906 S. 84 abgedruckten Beschluß des OLG. München nicht beigetreten werden. Ziff. 7 des Tarifs gewährt nur für „zeitraubende" Untersuchungen 10—30 Mk. Das Gericht erachtet aber nach der Art und Weise, wie sich die ärztliche Tätigkeit abzuwickeln pflegt, den Aufwand von 3 Stunden für eine einzelne ärztliche Angelegenheit, zumal Aktenauszüge zu fertigen waren, für das gewöhnliche Maß übersteigend, sohin unter Ziff. 7 einreihbar. Da der beanspruchte Betrag ohnehin nur die Mindestgebühr ist, ist auch die in die Kosten verurteilte Staatskasse nach § 12 VO. hierfür zahlungspflichtig (Beschl. v. 20. Dez. 1906; BeschwR. 558/06).[1] N.

739

Landgericht Landau.

Erbengemeinschaft des französischen Rechts. 1. Die Erbengemeinschaft des franz. Rechtes ist eine Bruchteilsgemeinschaft. Gemäß Art. 213 des EG. z BGB. findet auf sie Art. 883 C. C. fortdauernd Anwendung. Der einzelne Miterbe besitzt daher keine Anteilsberechtigung an der Erbschaft als solcher, sondern nur an den einzelnen Erbschaftssachen; eine Verfügung über den Erbanteil im Sinne des § 2033 BGB. ist nicht möglich.

2. Doch ist eine Verfügung über den aus der Miterbeneigenschaft ergebenden Teilungsanspruch zulässig, mithin auch eine Verpfändung. Die Form der Verpfändung und der Inhalt des Pfandrechtes bestimmen sich nach dem BGB. (§ 2033, 1273 ff.).

3. Die Verpfändung des Teilungsanspruches enthält eine Verfügungsbeschränkung des betreffenden Miterben hinsichtlich aller Rechte, die ihm als Miterben zustehen, also auch hinsichtlich der Rechte an Nachlaßgrundstücken zugunsten einer bestimmten Person; sie ist als solche gemäß § 892 der Eintragung im Grundbuche fähig und bedürftig.

Zu Urkunde des Notariats K. hat K. den ihm am Nachlasse seiner vor dem 1. Januar 1900 verstorbenen Großmutter zustehenden Anteil zugunsten seines Gläubigers J. zur Sicherung einer Darlehensforderung von 2710 Mk. verpfändet und bewilligt, daß die Verpfändung als Verfügungsbeschränkung zugunsten des Gläubigers auf den Nachlaßgrundstücken eingetragen werde. Das GrBA. hat die Eintragung abgelehnt, da durch die Verpfändung des Erbteils nur eine unter den Parteien wirksame Verfügungsbeschränkung geschaffen werden könne, die dingliche Sicherung einer solchen aber durch Eintragung im Grundbuche nach § 137 BGB. unzulässig sei. Es hat auf eine Entscheidung des OLG. Karlsruhe (Rechtspr. d. OLG. Bd. 12 S. 368) verwiesen. Der Beschwerde des Notariats wurde stattgegeben.

Aus den Gründen: Das Gemeinschaftsverhältnis, dem der Anteil des K. am Nachlasse unterliegt, ist die Erbengemeinschaft des alten Rechtes, die — im Gegensatze zur Erbengemeinschaft des BGB. — eine Gemeinschaft nach Bruchteilen ist. (Vgl. Zachariae-Crome § 181). Es gilt für sie gemäß Art. 213 EG. z. BGB. das alte Recht; sie ist nicht nach Art. 173 EG. z. BGB. eine Bruchteilsgemeinschaft des neuen Rechtes geworden, mit der Folge, daß der Miterbe endgültig über seinen Anteil an der einzelnen Erbschaftssache verfügen könnte, sondern es gilt noch Art. 883 C. C. und es ist sonach die Verfügung des Erben über seinen Anteil an der einzelnen Erbschaftssache davon abhängig, daß er bei der Teilung die Sache erwirbt. Besteht sonach für K. kein Anteilsrecht an der Erbschaft, sondern an den einzelnen Erbschaftssachen, so könnte die Verpfändung des Anteiles an den Grundstücken nicht nach § 2033 BGB. erfolgen, sondern nur in Form der Hypothekbestellung und die Hypothek müßte mit Rücksicht auf Art. 883 C. C. eingetragen werden, als bedingt durch den Alleinerwerb der Grundstücke seitens des K. bei der Teilung. Nun ist aber nach dem Rechte des code civil auch die Verpfändung des aus der Miteigentumsberechtigung der Erben sich ergebenden Teilungsanspruches zulässig, mit der Wirkung, daß der Miterbe ferner nicht befugt ist, seinen Anteil an den einzelnen Erbschaftssachen zum Nachteil des Gläubigers zu veräußern oder anderweit darüber zu verfügen (vgl. RG. Bd. 43 S. 375 ff.; was dort für die Pfändung ausgesprochen ist, muß auch für die Verpfändung gelten). Insofern der hier in Frage stehende Vertrag eine Verpfändung des Teilungsanspruches enthält, ist er rechtsgültig, da auch die nach § 2033 BGB. (vgl. § 1274 BGB.) vorgeschriebene Form beobachtet ist. Das alte Recht gilt nur für die Frage, was Gegenstand der Verpfändung sein kann, und diese Frage kann nur aus den erbrechtlichen Verhältnissen beantwortet werden, für welche Art. 213 EG. z. BGB. die seitherigen Gesetze maßgebend bleiben läßt, falls der Erblasser vor dem 1. Januar 1900 verstorben ist, während die Form der Verpfändung und der Inhalt des Pfandrechtes sich nach §§ 1273 BGB. bestimmen. Die Verpfändung des Teilungsanspruches enthält eine Verfügungsbeschränkung des Miterben hinsichtlich aller Rechte, die ihm als Miterbe zustehen, zugunsten des Gläubigers. Diese Verfügungsbeschränkung hindert ihn auch an der Mitwirkung zur gemeinschaftlichen

[1] In einem ganz ähnlich gelagerten Falle hat der II. ZS. des OLG. München am 27. Dez. 1906 (BeschwR. 706/06) nunmehr ebenfalls eine Gebühr für Aktenstudium zugebilligt, dies jedoch mit analoger Anwendung der Terminsgebühr (Ziff. 14) begründet.
D. Einf.



Verfügung über die Nachlaßgrundstücke. Aus § 892 BGB. ergibt sich, daß die Eintragung dieser Verfügungsbeschränkung notwendig und möglich ist. Der Erstrichter verneint in Uebereinstimmung mit der von ihm erwähnten Entscheidung des OLG. Karlsruhe die Eintragungsfähigkeit auf Grund des § 137 BGB.; das beruht auf einer Verkennung der Bedeutung des § 137 BGB. Hier handelt es sich nicht um ein rechtsgeschäftliches Veräußerungsverbot nach § 137 BGB., sondern um Verpfändung des Teilungsanspruchs, die den Verlust der Verfügungsfähigkeit des Schuldners zugunsten des Gläubigers als gesetzliche Wirkung nach sich zieht. Es liegt also ein gesetzliches Veräußerungsverbot vor, ausgelöst durch das Rechtsgeschäft der Verpfändung (§§ 135, 1276 BGB.; ebenso Fuchs, Grundbuchrecht, Bd. I Anm. 18 Lit. bb. a., ferner Grohmann im Zentralbl. f. freiw. Gerichtsb. Bd. 3 S. 821 ff.). Würde man § 137 BGB. anders auslegen, so käme man zu dem unhaltbaren Ergebnis, daß die Stellung desjenigen, der den Erbteil im Wege der Zwangsvollstreckung nach § 859 ZPO. pfändet, — für diesen Fall wird zufolge § 136 BGB. die Eintragungsfähigkeit der Verfügungsbeschränkung anerkannt — besser wäre als die des Gläubigers, dem der Erbteil verpfändet wird, während doch § 859 Abs. II ZPO. in § 2033 BGB. seine Stütze findet, nicht umgekehrt, und das Recht des Vollstreckungspfandgläubigers sich nach dem Inhalt des Rechtes des vertragsmäßigen Pfandgläubigers bemißt. Und man würde dem Rechtsgeschäft der Verpfändung, für das die dingliche Wirkung Begriffsmerkmal ist, diese dingliche Wirkung nehmen, wollte man sagen, daß der Pfandschuldner seine Verfügungsfähigkeit nur mit Wirkung inter partes verliere. (Beschluß vom 4. Februar 1907).

807 — — — — ng.

Aus der Praxis des bayer. Verwaltungsgerichtshofs.

Nottestamente. In einer Entscheidung vom 10. Oktober 1906 (Sammlung Bd. XXVIII S. 4) hat der VGH. ausgesprochen, daß der Bürgermeister die Aufnahme eines Nottestaments auch außerhalb der ordentlichen Geschäftszeit nicht ohne zureichenden Grund verweigern darf; er hat hierfür auf die Art. 14 und 18 des Notariatsgesetzes Bezug genommen. Dagegen ist in der Entscheidung ausgesprochen, daß sich der Bürgermeister keiner Pflichtverletzung schuldig macht, wenn er nicht ohne Vorbereitung zur Testamentsaufnahme schreitet, daß es ihm insbesondere unbenommen bleiben muß, sich die Anweisung vom 19. Dezember 1900 zu verschaffen und den Gemeindeschreiber beizuziehen. Diese Auffassung ist nur zu billigen. Werden Nottestamente in überstürzter Weise aufgenommen, so liegt die Gefahr sehr nahe, daß ein die Nichtigkeit bewirkender Formfehler mitunterläuft; hieraus entstehen dann in der Regel mehr Unannehmlichkeiten für die Beteiligten, als wenn die Beurkundung des Testaments durch den Bürgermeister unterbleibt. — — —n.

Literatur.

Allfeld, Dr. Philipp, ord. Professor der Rechte in Erlangen. Reichsgesetz betr. das Urheberrecht an Werken der bildenden Künste und der Photographie vom 9. Januar 1907. Textausgabe mit Einleitung, kurzen Anmerkungen, einem Anhang, enthaltend die Berner Uebereinkunft, die Uebereinkommen mit den Vereinigten Staaten von Nordamerika und mit Oesterreich-Ungarn, sowie einem Sachregister. München 1907, C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung (Oskar Beck). Gebd. Mk. 1.—

Die Anmerkungen, die schon auf dem Titel als nur kurz bezeichnet sind, dienen fast bloß der leichteren Orientierung durch Verweisung auf andere einschlägige Gesetzesbestimmungen. Einen Ersatz für die von Allfeld i. J. 1893 im Beckschen Verlag herausgegebene treffliche Erläuterung der alten Reichsgesetze über das literarische und artistische Urheberrecht wird, was das artistische Urheberrecht anlangt, erst der Kommentar bieten, den Allfeld im Laufe der nächsten Monate im Beckschen Verlage zu dem Gesetze vom 9. Januar 1907 erscheinen lassen wird. E. E.

Turnau, Dr. W. und Förster, Dr. K., Reichsgerichtsräte in Leipzig. Das Liegenschaftsrecht nach den deutschen Reichsgesetzen und den preußischen Ausführungsbestimmungen. 3. vermehrte und verbesserte Auflage. Paderborn 1906, Ferdinand Schöningh. 2 Bände, Brosch. Mk. 36.—.

Die Vorzüge dieses in der Praxis vielbenützten Buches sind bekannt. Mit der Anordnung des Stoffes, die sich im wesentlichen gegenüber den früheren Auflagen nicht geändert hat, kann man sich allerdings nicht ganz befreunden. Es sind zahlreiche Vorschriften aus Reichsgesetzen und Landesgesetzen in die Anmerkungen zu den einzelnen Paragraphen des BGB. und der GBO. eingeschoben und ihrerseits wieder mit Anmerkungen versehen. Dadurch entsteht eine gewisse Unübersichtlichkeit. Die Erläuterungen zu § 29 GBO. haben jetzt z. B. einen Umfang von 82 Seiten erreicht. Doch fällt dieser formelle, übrigens auch wegen der Menge des verarbeiteten Stoffes nur schwer zu vermeidende Mangel bei der Beurteilung des dem Inhalte nach durchaus gediegenen Buches kaum ins Gewicht.

von der Pfordten.

Stirnweiß, Franz, K. Amtsgerichts-Sekretär in Deggendorf. Portowesen, Behandlung der Telegramme und der telephonischen Ferngespräche bei den bayerischen Justizbehörden, für den Dienstgebrauch bearbeitet.

Eine gewissenhafte und verlässige Arbeit, die jede Empfehlung verdient. Rat Adam.

Weber's Juristen-Kalender für 1907 als Abreißkalender eingerichtet. Bearbeitet von Rechtsanwalt Dr. Arthur Kallmann. Mit Abbildungen Erich Weber, Verlag, Berlin. Mk. 2.—.

Der Kalender bringt wie im Vorjahre Bemerkungen und Auszüge über Vorschriften aus dem Reichsrecht, ferner biographische Skizzen, Rechtssprichwörter u. dgl.

Harburger, Dr. J., Justizrat und Rechtsanwalt in München, Konkursordnung für das Deutsche Reich und Reichsgesetz, betreffend die Anfechtung von Rechtshandlungen eines Schuldners außerhalb des Konkursverfahrens in der Fassung der Bekanntmachung des Reichskanzlers vom 20. Mai 1898. Handausgabe mit Erläuterungen. Zweite neubearbeitete Auflage. München 1907, C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung (Oskar Beck). Gebd. Mk. 2.50.

Diese Ausgabe größeren Formats ist durch Vermehrung der Anmerkungen und der Zitate aus der Rechtsprechung wieder auf den neuesten Stand gebracht. Die Brauchbarkeit des praktischen, elegant ausgestatteten Buches wird durch die Beigabe von Abdrucken aus anderen verwandten Gesetzen erhöht. — — —n.

Bolze Dr., Reichsgerichtssenatspräsident a. D. Rechte der Angestellten und Arbeiter an den Erfindungen ihres Etablissements. Leipzig 1907, Akademische Verlagsgesellschaft m. b. H. Geh. Mk. 1.20.

Die kleine, anschaulich geschriebene Schrift behandelt die Frage, ob Erfindungen der Angestellten und Arbeiter in gewerblichen Etablissements Eigentum der Erfinder bleiben, oder ob die Betriebsunternehmer zu



ihrer Ausnutzung berechtigt sind und Patente nehmen und Gebrauchsmuster anmelden können. Die Frage wird im wesentlichen zugunsten der Unternehmer entschieden. — — n.

Thoma, Dr. Richard, Privatdozent, Der Polizeibefehl im badischen Recht. I. Teil. Tübingen 1906, J. C. B. Mohr. Brosch. Mk. 11.—.

Spieß, August, Kritische Bemerkungen zum Entwurf eines Gesetzes betr. das Urheberrecht v. Werken d. bild. Künste und der Photographie. Berlin-Schöneberg 1906, Meisenbach, Riffarth & Co. Brosch. Mk. 2.—.

Lux, Dr. W., Notwendigkeit der Streitgenossenschaft. (Bd. XIII. H. 2 d. Abh. z. Privatrecht usw.). München 1906, C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung. Brosch. Mk. 4.50.

Levis, Dr. Otto, Oberamtsrichter, Das internat. Entmündigungsrecht des Deutschen Reichs. Leipzig 1906, C. L. Hirschfeld. Brosch. Mk. 8.—; geb. Mk. 9.—.

Petzler, P., Zur Feststellung des Geisteszustandes der Beschuldigten im Strafverfahren. Braunschweig 1906, J. H. Meyer. Brosch. Mk. 2.40.

Schneickert, Dr. Hans, Bedeutung der Handschrift im Zivil- u. Strafrecht. Leipzig 1906, F. C. W. Vogel. Brosch. Mk. 4.—.

Eine Besprechung einiger der hier angezeigten Bücher bleibt vorbehalten.

Notiz.

Juristendeutsch. („Obliegen und Anerkennen"). Wegen fahrlässiger Beschädigung einer zur Benützung überlassenen Sache beabsichtigt die deutsche Sprache gegen die deutschen Juristen Entschädigungsklage zu erheben. Da sie jedoch das Bureau des zuständigen Richters in vielen Gerichtsgebäuden vergebens suchte, sei aus dem Schriftsatz ihres Anwalts hier einiges veröffentlicht.

Im Laufe der historischen Entwicklung ist uns schon viel Sprachgut verloren gegangen. So hatte das Deutsche vor 1500 Jahren noch eine Präposition, die dem griechischen anti nach Laut und Bedeutung entsprach; heute ist sie zu dem farblosen Präfix ent erstarrt. Und wenn hier die ursprüngliche Bedeutung (gegen) wenigstens in einigen Fällen noch gefühlt wird, so ist es bei der Vorsilbe er dem Laien schlechterdings nicht mehr möglich, sich über den eigentlichen Sinn Rechenschaft zu geben. Im Gotischen war das Wort noch selbständige Präposition = aus; etwas erkennen heißt: es aus anderen Gegenständen gleicher Art herauskennen. Ebenso sind ge und zer zu Präfixen geworden; andere Präpositionen haben ihr Leben dadurch gerettet, daß sie für den tonlosen Gebrauch eigene Nebenformen absonderten: be und ver neben bei und vor (für). Naturgemäß behielten die vollen Formen auch die eigentliche, anschauliche Bedeutung, während die Nebenformen die übertragene, abgeblaßte übernahmen: beitreten — betreten. (Die ursprüngliche Gleichheit der beiden Vorsilben ist unserm Bewußtsein so sehr entschwunden, daß wir sie unbedenklich nebeneinander stellen, z. B. beibehalten). Eine Reihe weiterer Präpositionen nun hat für betonten und unbetonten Gebrauch, für konkrete und abstrakte Bedeutung ein und dieselbe Form, aber mit dem Unterschied, daß sie im ersten Fall nur eine lose und nur im zweiten eine feste Verbindung mit Verben eingehen: ich breite ein Tuch unter, aber: ich unterbreite ein Gesuch; ebenso: únterbreiten, unterzubreiten, untergebreitet, aber: unterbreiten, zu unterbreiten, unterbreitet. Das nämliche gilt für das vorige Beispielpaar: ich trete bei — ich betrete usw. Demnach ergibt sich als Regel: Die Zusammensetzung ist lose bei anschaulicher, fest bei verblaßter Bedeutung. Wird die lose Zusammensetzung durch die feste verdrängt, so geht mit Naturnotwendigkeit auch die sinnlich anschauliche Bedeutung verloren, die lebendige Präposition erstarrt zum toten Präfix.

Dieses Schicksal nun droht in unsern Tagen der guten alten Präposition ob. In ihrer lokalen Bedeutung ist sie nunmehr überall durch das schwerfällige oberhalb verdrängt. Die bayerischen Behörden haben ihr nur noch ein letztes Asyl in „Rothenburg ob der Tauber" gesichert; auch jenseits unserer Grenzpfähle wird „Oesterreich ob der Enns" pietätvoll beibehalten. Die übertragene Bedeutung = wegen ist aus der Alltagssprache gleichfalls verschwunden; was das Wort vor völliger Entwurzelung noch schützt, sind einzig die Zusammensetzungen óbliegen und óbsiegen. Wenn einmal diese durch obliegen und obsiegen ersetzt sind, gehört die Präposition ob der Sprachgeschichte an. „Und das ist kein Unglück", wird man erwidern. Gewiß, die deutsche Sprache wird auch diesen Verlust überleben; aber sie wird damit wieder einen Schritt von der lebendigen Anschauung zur blutleeren Abstraktion getan haben. Der Richter, der in seinem Urteil verkündet: „Es liegt daher dem Beklagten ob ....", legt diesem damit eine plastisch-konkrete Last auf die Schultern, die er fortan tragen muß, er mag wollen oder nicht; sagt er dagegen: „Es obliegt..." so schafft er statt des sinnlich wirksamen Bildes — eine „Obliegenheit". (Wer dieses schemenhafte Scheusal aus seiner Sprache verbannt, tut mehr für Sprachreinigung, als wer ein gut eingebürgertes Fremdwort durch ein schlechtes deutsches ersetzt!). Das Beispiel wird genügen. Unsere Sprache hat im papiernen Zeitalter leider schon zuviel von ihrer alten wunderbaren Sinnfälligkeit und Plastik (vgl. Goethe!) verloren, als daß wir den Rest aus Bequemlichkeit oder Gedankenlosigkeit verschleudern dürften; denn nicht als freies Eigentum haben wir unsere Sprache überkommen, sondern mit der Verpflichtung, sie in gleicher Kraft und Schönheit künftigen Geschlechtern zu hinterlassen. Und dieser rechtlichen Verpflichtung gemäß zu handeln liegt in erster Linie den Hütern des Rechtes ob.

Allein der Sprachfehler: „es obliegt" wird nicht aus den Akten verschwinden, solange er dort und anderswo den Bundesgenossen „ich anerkenne" findet; daher sei auch dieser kurz beleuchtet.[1]) Erinnern wir uns an untergebreitet und unterbreitet, an unterzubreiten und zu unterbreiten. Anerkannt scheint auf das zweite zu deuten, aber es beweist eine feste Verbindung nur für er, nicht für an; dieses ist vielmehr lose verbunden, wie anzuerkennen zeigt. Also heißt es: ich erkenne an so gut wie: ich erkenne ab, ich vertraue an, ich behalte bei usw. Uebrigens liegt auch hier anschauliche Bedeutung vor: ich trete, z. B. an den Fundgegenstand, heran und erkenne ihn als mein Eigentum.

Also entweder man erkenne die Richtigkeit des Dargelegten an und liege seinen Amtsgeschäften mit größerer sprachlicher Sorgfalt ob, oder man „absehe" hiervon und „fortwurstele" im geliebten Papierdeutsch auf Kosten des gesunden Sprachgefühls!

—ck.

[1]) Man kann auch zuweilen Sätze lesen, wie „der Kläger übersiedelte nach München" oder, „die Firma überging im Jahre 1904 auf N N.". Solche Nachlässigkeiten sind insbesondere in der österreichischen Amtssprache häufig, sie scheinen sich aber auch bei uns einzubürgern.

Verantwortl. Herausgeber: Th. von der Pfordten, K. Landgerichtsrat, verw. im Staatsministerium d. Justiz.

Eigentum von J. Schweitzer Verlag (Arthur Sellier) in München.
Druck von Dr. Franz Paul Datterer & Cie., G. m. b. H., Freising.

Sonderbeilage zur Zeitschrift für Rechtspflege in Bayern.

Die für die Anwendung des Reichsstrafgesetzbuchs wichtigeren Entscheidungen des Reichs-Militär-Gerichts.

Bearbeitet von Regierungsrat v. Sutner in München.

(Die den einzelnen Entscheidungen beigesetzten Zahlen beziehen sich auf die amtliche Sammlung der Entscheidungen des Reichsmilitärgerichts).

§ 19 (21, 74). Das in § 21 StGB. festgesetzte Geltungsverhältnis von Zuchthaus und Gefängnis ist auch für die Umwandlung von Arrest in Zuchthaus behufs Bildung einer Gesamtstrafe maßgebend.

Treffen mit der Arreststrafe mehrere Einzelzuchthausstrafen zusammen, so kann die Gesamtzuchthausstrafe, solange sie den Betrag der verwirkten Einzelzuchthausstrafen nicht übersteigt, nur nach vollen Monaten bemessen werden. **8** 236.

§ 21 (s. oben § 19).

§ 43 (s. unten § 263).

§ 46 Ziff. 1 (s. unten § 242).

§ 47. Daß der eine Mittäter bei gemeinsam verübter Straftat nicht ermittelt ist, schließt die Anwendung des Strafgesetzes auf den ermittelten Mittäter nicht aus. **2** 163.

Mittäterschaft ist bei der Unterschlagung dann rechtlich möglich, wenn die den Angriffsgegenstand bildende Sache im gemeinsamen Besitz oder Gewahrsam mehrerer sich befindet. **5** 257.

§ 48. Anstiftung im Sinne des § 48 StGB. setzt nicht nur voraus, daß derjenige, der zur Tat angestiftet werden sollte, die objektiven Tatbestandsmerkmale verwirklicht, sondern auch, daß er mit dem vom Strafgesetz erforderten Vorsatze gehandelt hat. Ist letzteres nicht der Fall, so kann er nur als Werkzeug des ihn Bestimmenden, letzterer aber nur als Täter, nicht als Anstifter in Betracht kommen. **5** 67.

Der Täter kann nicht zugleich als Anstifter seines Gehilfen bestraft werden. **8** 247.[1]

Die strafbare Anstiftung erfordert einen vom Vorsatze des Anstifters umfaßten ursächlichen Zusammenhang zwischen der anstiftenden Tätigkeit und der Entschließung des Angestifteten zur Begehung der Tat. **9** 141.

§ 49 Abs. 1 (s. unten § 286).

§ 51. Unzurechnungsfähigkeit infolge von Trunkenheit schließt auch bei den im § 49 Abs. 2 MStGB. erwähnten strafbaren Handlungen die Strafbarkeit aus. Die bezügliche Feststellung seitens der Vorinstanz ist der Nachprüfung des Revisionsgerichts entzogen. **2** 92.

Die Zurechnungsfähigkeit des Täters zur Zeit der Tat gehört zu den gesetzlichen Tatbestandsmerkmalen der strafbaren Handlung. **2** 232.

Verminderte Zurechnungsfähigkeit kommt als Strafausschließungsgrund nicht in Betracht. **2** 232.

1. Die Aussage eines Zeugen hinsichtlich der Zurechnungsfähigkeit einer Person infolge von Betrunkenheit kann durch das Gutachten eines Sachverständigen widerlegt werden.

2. Ist ein Arzt als sachverständiger Zeuge benannt, so muß der Antrag auf seine Vernehmung die Angabe der Tatsachen enthalten, welche von ihm mittelst seiner besonderen Sachkunde wahrgenommen sein sollen. **6** 294.

Der § 51 StGB. verlangt nicht die Abwesenheit jedes Bewußtseins, sondern nur einen derartigen Zustand von Bewußtlosigkeit, durch welchen die Freiheit der Willensbestimmung ausgeschlossen ist. Letztere muß aber ausgeschlossen, nicht bloß vermindert sein. Es genügt der Ausschluß der freien Willensbestimmung hinsichtlich der konkreten, dem Angeklagten zur Last gelegten Tat. **7** 285.

Die Zurechnungsfähigkeit des Täters zur Zeit der Tat gehört zu den gesetzlichen Tatbestandsmerkmalen der strafbaren Handlung.

Die Vorschrift des § 51 StGB. erfordert einen Zustand, in welchem dem Täter in Beziehung auf die konkrete Tat das Bewußtsein von ihrem Charakter im allgemeinen und von ihrer Wirkung auf das Rechtsgebiet eines anderen sowie von dem Schutze dieses Rechtsguts gefehlt hat. **8** 201.[1]

§ 52 Abs. 2. Ein Verlöbnis hat in strafrechtlicher Hinsicht zur wesentlichen Voraussetzung, daß zur Zeit der Tat ein gegenseitiges, ernstlich gemeintes Eheversprechen der beteiligten Personen vorlag, und daß letztere die rechtliche Handlungsfähigkeit besaßen. **4** 42.[2]

§ 53. Ein gegenwärtiger Angriff ist nur dann als vorliegend anzusehen, wenn der Angriff bereits begonnen hat und noch nicht beendigt ist. **1** 69.

Die bloße Teilnahme an einer Zusammenrottung schließt das Vorhandensein von Notwehr auf seiten eines Teilnehmers an sich nicht aus. **5** 58.

Bei der sogenannten putativen Notwehr tritt Straflosigkeit des Täters ein, wenn er infolge tatsächlichen Irrtums über das Maß der erforderlichen Verteidigung hinausgegangen ist. **1** 69.

Eine Ueberschreitung der Notwehr im Sinne des § 53 Abs. 3 StGB. kann nur dann in Frage kommen, wenn die Voraussetzungen der Notwehr selbst vorliegen. **1** 69.

Ueberschreitung des zur Abwehr des vermeintlichen Angriffs objektiv erforderlichen Maßes macht den Täter nur dann straflos, wenn er infolge eines tatsächlichen Irrtums die gewählte Art der Verteidigung für geboten erachtete. **2** 21.[3]

Notwehr gegen eine Beschimpfung, als gegen einen Angriff auf die Ehre, ist nicht grundsätzlich ausgeschlossen. Welche Verteidigung erforderlich ist, um einen gegenwärtigen rechtswidrigen Angriff von sich oder einem anderen abzuwenden, ist nur nach den konkreten Umständen objektiv zu bestimmen, somit Tatfrage. **6** 223.[4]

Putative Notwehr ist sowohl dann gegeben, wenn der Täter irrtümlicherweise annahm, daß die tatsächlichen Voraussetzungen der Notwehr vorlägen, als auch dann, wenn er die von ihm gewählte Art der Verteidigung zur Abwehr für erforderlich hielt. Ueberschreitet der Täter das zur Abwehr des wirklich vorhandenen oder irrtümlich angenommenen Angriffs objektiv erforderliche Maß, so liegt ein vorsätzlich begangenes Delikt nicht vor, wenn der Täter zufolge tatsächlichem Irrtums die Art und Weise der gewählten Verteidigung für erforder-

---

[1]) In Uebereinstimmung mit RGSt. **26** 198 und **27** 273.

[1]) In Uebereinstimmung mit RG. 29. Jan. 1904, Goltd. **42** 45.
[2]) Vgl. hierzu auch RGSt. **10** 117, **35** 49 und **38** 242.
[3]) S. a. unten **8** 199.
[4]) Zu Abs. 1 vgl. a. RGSt. **29** 240.

lich hielt. Ob dieser Irrtum ein unverschuldeter war oder nicht, ist bei Begehung eines vorsätzlichen Delikts gleichgültig. Lediglich bei der Begehung eines Fahrlässigkeitsdelikts kommt es darauf an, ob die Unkenntnis bzw. die irrtümliche Annahme des Täters durch Fahrlässigkeit verschuldet war.

Ist im Falle putativer Notwehr die Begehung eines vorsätzlichen Delikts ausgeschlossen, so hat, wenn das betreffende Delikt auch fahrlässigerweise begangen werden kann, das erkennende Gericht zu prüfen, ob nicht der Irrtum bzw. die irrtümliche Annahme des Täters durch Fahrlässigkeit verschuldet war.

Andere Mittel außer der Verteidigung, durch welche der Angegriffene dem Angriffe zu entgehen vermag, kommen nur dann in Frage, wenn sie ohne Unzuträglichkeiten und Preisgabe anderer schutzberechtigter Interessen angewandt werden können. 7 248.

Beim fortgesetzten Delikte kann die Frage der Notwehr wegen Unteilbarkeit der Schuld nur auf Grund Prüfung des ganzen Sachverhalts entschieden werden. 7 283.

Die Feststellung, daß der Angeklagte einen gegenwärtigen, rechtswidrigen Angriff nicht annehmen konnte, schließt die Annahme der Putativnotwehr nicht aus; hierzu bedarf es vielmehr der Feststellung, daß er in Wirklichkeit einen solchen Angriff nicht angenommen hat. 8 197.

Eine Bestrafung wegen vorsätzlicher Körperverletzung ist sowohl für den Fall ausgeschlossen, wenn der Täter irrtümlicherweise annahm, daß die tatsächlichen Voraussetzungen der Notwehr gegeben seien, und er sich auf die zur Abwehr des angenommenen Angriffes erforderliche Verteidigung beschränkt, als auch dann, wenn er zwar dieses Maß der Abwehr überschritt, aber infolge tatsächlichen Irrtums die Verteidigung so, wie er sie vorgenommen, für geboten hielt. Es fehlt hier der zur Straftat erforderliche Vorsatz.

Das Fehlen des rechtswidrigen Vorsatzes schließt aber eine fahrlässige Körperverletzung dann nicht aus, wenn der tatsächliche Irrtum, der zu dem Verteidigungsakte Veranlassung gab, ein vermeidlicher und strafrechtlich nicht entschuldbarer war.[1]) 8 199.

1. Eine positive Feststellung darüber, ob der vom Angeklagten behauptete rechtswidrige Angriff gegen ihn tatsächlich erfolgt oder vom Angeklagten irrtümlich als erfolgt angenommen worden ist, kann dann unterbleiben, wenn das Gericht die Ueberzeugung gewinnt und ausspricht, daß der behauptete Angriff, auch wenn er erfolgt oder vom Angeklagten irrtümlich angenommen wäre, die gewählte Art der Verteidigung nicht erforderlich gemacht hätte.

2. Für die Frage, welche Art und welches Maß der Verteidigung zur Abwehr eines Angriffes erforderlich sei, ist nur die objektive Sachlage — einschließlich der Persönlichkeiten des Angreifers und Angegriffenen — nicht die subjektive Auffassung des Angegriffenen entscheidend. Dieser letzteren kommt nur insoweit rechtliche Bedeutung zu, als der Täter in Furcht, Bestürzung oder Schrecken oder infolge eines tatsächlichen Irrtums über das Maß der objektiv erforderlichen Verteidigung hinausgegangen ist. 9 237.[2])

Das Notwehrrecht ist nur ein Verteidigungsrecht. Dabei ist zu unterscheiden zwischen dem Stande der Notwehr an sich und der Ausübung der Notwehr. Zur Ausübung der letzteren ist erforderlich, daß der Wille des im Notwehrstande Befindlichen darauf gerichtet ist, den rechtswidrigen, gegenwärtigen — also noch nicht beendeten — Angriff von sich oder einem anderen abzuwenden. Daraus, daß der im Notwehrstande Befindliche gegen den rechtswidrigen Angreifer tätig wird, folgt aber nicht ohne weiteres, daß diese Tätigkeit auch in der Absicht vorgenommen wird, das Notwehrrecht auszuüben. Ob der Täter in dieser oder in einer vom Rechte gemißbilligten Absicht gegen den rechtswidrigen Angreifer vorgegangen ist, ist eine Tatfrage des einzelnen Falles. Wollte der Täter jedoch sich oder einen anderen gegen den rechtswidrigen Angriff verteidigen, so ist es rechtlich unerheblich, aus welchem Motiv er von diesem Rechte Gebrauch gemacht hat. 9 278.

§ 59. Abgesehen von den sogenannten Formaldelikten setzt jede strafbare Handlung auf seiten des Täters ein Verschulden voraus, je nach der Vorschrift, Natur oder Absicht der gesetzlichen Bestimmung Vorsatz und Fahrlässigkeit. 2 212.

Der Unkenntnis des Vorhandenseins von Tatumständen, welche zum gesetzlichen Tatbestande gehören, steht bei vorsätzlichen Delikten die irrtümliche Annahme von Tatumständen gleich, welche, falls vorhanden, die Strafbarkeit der Handlung ausschließen würden. 2 212.

Ein Rechtsirrtum, welcher sich auf einen nicht dem Strafrechte, sondern einem anderen Rechtsgebiet angehörenden Rechtssatz bezieht, ist nur als ein tatsächlicher Irrtum im Sinne des § 59 StGB. anzusehen. 2 212.

Auch der Eventualdolus verlangt, daß der durch die Handlung des Täters herbeigeführte Erfolg auf seinem Willen beruht. Der Eventualdolus setzt zwar nicht voraus, daß der Täter den Erfolg seiner Handlung direkt beabsichtigt hat, wohl aber, daß der Täter sich der Möglichkeit seines Eintritts von vornherein bewußt ist, trotzdem sich jedoch von der Ausführung seiner Handlung deshalb nicht abhalten läßt, weil er mit diesem als möglich erkannten Erfolge für den Fall des Eintritts im voraus einverstanden ist, ihn also von vornherein billigt und in seinen Willen aufnimmt. 3 296.

Ein Irrtum des Angeklagten in bezug auf Tatumstände, welche, sofern sie wirklich vorlägen, die Anwendung des § 98 MStGB. rechtfertigen würden, ist ein tatsächlicher Irrtum. Deshalb ist in einem solchen Falle die Handlungsweise des Angeklagten in Anwendung des im § 59 StGB. enthaltenen Grundsatzes rechtlich so zu beurteilen, als ob die Voraussetzungen des § 98 MStGB. vorlägen. 4 97.

1. Die irrtümliche Annahme des Vorhandenseins eines Tatumstandes, welcher, wenn er in Wahrheit bestände, die Strafbarkeit der begangenen Handlung ausschließen würde, ist dem Täter nicht zuzurechnen, sofern nicht der Irrtum durch Fahrlässigkeit hervorgerufen, die Handlung selbst fahrlässigerweise begangen und als Fahrlässigkeitsdelikt strafbar ist.

2. Zu derartigen Tatumständen gehört auch der Irrtum, welcher sich auf einen nicht dem Strafrechte, sondern einem anderen Rechtsgebiet angehörigen Rechtssatz bezieht, selbst wenn dieser Irrtum ein Rechtsirrtum ist. 5 34.

Die im § 141 MStGB. vorausgesetzten Wachtvorschriften haben nicht den Charakter strafrechtlicher Normen, sondern sind als Tatsachen im Sinne des § 59 StGB. anzusehen. 5 34.

Die Verurteilung wegen Fahrlässigkeit setzt die Feststellung derjenigen Tatsachen voraus, in denen das Gericht das Vorhandensein der Fahrlässigkeit in objektiver und subjektiver Beziehung gefunden hat. 5 34.

Die Feststellung der Möglichkeit, daß der Täter einen der im § 59 Abs. 1 StGB. bezeichneten Tatumstände nicht gekannt habe, schließt die positive Feststellung, daß der Täter den fraglichen

[1]) In Uebereinstimmung mit RGE. 2 21, 7 248, RGRspr. 1 23, RGSt. 21 189.

[2]) Vgl. RG. 2. Jan. 05 Recht S. 85, und 6. Nov. 05 BayZR. 2 43

Tatumstand gekannt habe, sowie die Annahme eines dolus eventualis aus. 5 170.

Ist ein Unteroffizier ein für allemal beim Vorhandensein gewisser tatsächlicher Voraussetzungen zum Vorgesetzten eines anderen Unteroffiziers ernannt, und kennt letzterer sowohl die allgemeine Anordnung wie den Eintritt der tatsächlichen Voraussetzungen im einzelnen Falle, so ist sein Irrtum über die Vorgesetzteneigenschaft des ersteren Unteroffiziers ein strafrechtlicher Irrtum. 5 298.[1])

Eventualdolus liegt nur dann vor, wenn der Täter an die Möglichkeit eines anderen Erfolges der Tat, als des direkt beabsichtigten, tatsächlich gedacht, ihn innerlich aber nicht abgelehnt hat, sondern mit ihm für den Fall des Eintritts von vornherein einverstanden gewesen ist. Zur Annahme eines Eventualdolus genügt nicht, daß der Täter bei vernünftiger Ueberlegung und Prüfung der Umstände des vorliegenden Falles mit der Möglichkeit des Eintritts eines anderen, als des zunächst beabsichtigten Erfolges hätte rechnen müssen. Hat der Täter — einerlei, ob entschuldbar oder nicht — an die Möglichkeit eines anderweiten Erfolges tatsächlich nicht gedacht, so kann höchstens Fahrlässigkeit vorliegen, es sei denn, daß dem Täter die Folgen seiner Tat überhaupt gleichgültig gewesen sind. 6 3.

Zweck und Beweggrund einer Handlung sind, sofern das Gesetz nicht selbst eine Ausnahme statuiert, für die Frage nach der Strafbarkeit der Handlung ohne rechtliche Bedeutung. Die Annahme eines Eventualdolus setzt stets voraus, daß der Täter an den möglichen Eintritt des Erfolges seiner Handlung tatsächlich gedacht hat. Es genügt nicht, daß der Täter den Erfolg als einen möglichen sich hätte vorstellen müssen. Aber auch das Bewußtsein von der Möglichkeit des Eintritts des Erfolges in Verbindung mit der dennoch vorgenommenen Handlung reicht zur Annahme des Eventualdolus nur dann aus, wenn der Täter mit diesem Erfolge auch von vornherein für den Fall seines Eintrittes einverstanden gewesen ist. Ein solches Einverständnis liegt aber nicht schon ohne weiteres in der Vornahme der Handlung trotz der Erkenntnis von der Möglichkeit des Erfolges. 6 239.

Nur die in der Begriffsbestimmung der Straftat besonders aufgeführten subjektiven Merkmale sind stets ausdrücklich im Urteile festzustellen, die nicht erwähnten dagegen nur dann, wenn sie der Angeklagte ausdrücklich bestritten hat oder sie von zuständiger Seite in Zweifel gezogen worden sind oder wenn sonst die Sachlage Anlaß zu ihrer ausdrücklichen Feststellung gegeben hat. 6 253.

Das Wesen der kriminellen Fahrlässigkeit besteht darin, daß durch Nichtanwendung der nach den konkreten Umständen gebotenen Sorgfalt und Umsicht von dem Täter ein voraussehbarer aber vermeidlicher Erfolg seines Handelns herbeigeführt wird. Als voraussehbar gilt dasjenige, was auf Grund der Erfahrung des täglichen Lebens bei Anwendung der von dem Täter nach seiner Individualität zu verlangenden pflichtmäßigen Sorgfalt als Erfolg der Handlung vorhergesehen werden kann. Eine Voraussehbarkeit des Erfolges in seiner konkreten, demnächst eingetretenen Gestaltung ist nicht erforderlich. Ist die Fahrlässigkeit des Täters für den Erfolg tatsächlich kausal gewesen, so wird durch das Hinzutreten lediglich mitwirkender Zwischenursachen die Zurechenbarkeit zur Schuld nicht ausgeschlossen. Ist jedoch beim Ausscheiden solcher mitwirkender, aber nicht voraussehbarer Zwischenursachen der Erfolg selbst nicht mehr oder doch nur in einem derartig geringen Maße voraussehbar, daß die Nichtberücksichtigung einer entfernten Gefahr eine Verletzung der von dem Täter billigerweise zu verlangenden Sorgfalt und Umsicht nicht enthält, so liegt eine Fahrlässigkeit nicht vor. 6 262.

Der Beweggrund für eine Handlung ist mit dem strafrechtlichen Vorsatze nicht identisch und schließt bei Begehung einer Beleidigung das Bewußtsein ihres ehrenkränkenden Charakters nicht aus.

Gegenstand der Verletzung durch Beleidigung ist die jedem Menschen zustehende äußere Ehre, nicht sein innerer, sittlicher Wert 8 133.[1])

§ 60. Eine Untersuchungshaft darf nur auf die Strafe angerechnet werden, welche wegen derjenigen Straftat verhängt ist, hinsichtlich deren der Angeklagte die Untersuchungshaft erlitten hat. 8 156.

Der Ausspruch der Anrechnung der Untersuchungshaft ist abhängig von der Gesamtstrafe und es bedarf bei Aufhebung des Urteils bezüglich dieser auch eines Neuausspruchs bezüglich der Anrechnung der Untersuchungshaft. 4 285.

§ 61. Eine besondere Form für den Strafantrag ist nicht vorgeschrieben. Es genügt, wenn der Antrag inhaltlich den Willen des Antragstellers erkennen läßt, daß er wegen der strafbaren Handlung die Strafverfolgung herbeizuführen bezweckt. 2 6.

Der Strafantrag gehört nicht zum Tatbestande, bildet vielmehr nur eine sog. Prozeßvoraussetzung. Ist die Revision auf Verletzung der gesetzlichen Vorschriften über den Strafantrag gestützt, so hat der Revisionsrichter selbständig, mithin auch in tatsächlicher Hinsicht, nach Lage der Akten zu prüfen, ob der Strafantrag ordnungsgemäß gestellt ist. 4 42.

Der Strafantrag kann von einer Zivilperson rechtswirksam noch in der Hauptverhandlung I. und II. Instanz gestellt werden, sofern die Frist inzwischen nicht verstrichen ist.

Die Frist beginnt mit der Kenntnis des Berechtigten von den wesentlichen Bestandteilen der Tat. 4 42.

Jede Erklärung, welche unzweideutig den auf die gerichtliche Strafverfolgung gerichteten Willen erkennen läßt, ist als ein Strafantrag im Sinne des § 61 StGB. anzusehen. 4 279.

Ein Antrag im Sinne des § 61 StGB. erfordert, daß aus ihm der auf die strafrechtliche Verfolgung einer bestimmt bezeichneten Tat gerichtete Wille des zum Antrage Berechtigten hervorgeht. Es ist dabei ohne Einfluß, ob der Antragsteller wußte, daß die Handlung nur auf Antrag verfolgbar sei, oder ob er sie für ein Offizialdelikt hielt. 5 54.

Ein zur Strafverfolgung erforderlicher, erst in der Revisionsinstanz gestellter Strafantrag kann von dem Revisionsgerichte nicht berücksichtigt werden.

Wird das Berufungsurteil von dem Revisionsgericht aufgehoben und die Sache an das Berufungsgericht zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung zurückverwiesen, so hat das Berufungsgericht unter Berücksichtigung des wenn auch erst in der Revisionsinstanz gestellten Strafantrags die neue Entscheidung zu treffen. 9 161.

§ 63 (s. a. 9, 52 unten bei § 186).

§ 67, 68 (s. unten 6, 297 bei § 73).

§ 73. Das Wesen des sog. fortgesetzten Delikts besteht darin, daß sich die Einzelhandlungen als die Ausflüsse eines die ganze fortgesetzte Tätigkeit beherrschenden Vorsatzes und danach als ein in Wirklichkeit einheitlicher Willensakt darstellen. 3 62.[2])

Ist auch nur ein Teil einer rechtlich sich als eine Straftat darstellenden strafbaren Handlung unter einem erschwerenden Umstande begangen, für welchen eine besondere, qualifizierte Strafbestimmung

[1]) Vgl. RMilG. 1 200, 3 30, 5 272, 6 271.

[1]) Vgl. a. RMilG. 8 199, 9 70, 9 237.
[2]) Vgl. a. 2 265, 4 99, 5 134, 6 222.



getroffen ist, so unterfällt die ganze einheitliche Tat dieser Bestimmung. 5 28.

Für die Annahme, daß mehrere Einzelhandlungen als eine einheitliche Tat anzusehen sind, ist allein der die fortgesetzte Tätigkeit beherrschende Vorsatz entscheidend. Von dem Vorsatz ist verschieden der Entschluß, zeitlich getrennte und rechtlich von einander verschiedene Handlungen vorzunehmen. Ein solcher Entschluß ist nichts anderes, als die Absicht, nach einem Plane mehrere Handlungen vorzunehmen. Die Ausführung eines solchen Planes geschieht nur in einer Weise, daß sich der Wille bei der Ausführung jeder einzelnen Handlung in einem besonderen Vorsatze bestimmt, und erst diese Willensbestimmung ist der subjektive Tatbestand der Einzelhandlung. 5 129.[1])

Die Vorschrift, daß nur dasjenige Gesetz zur Anwendung zu kommen habe, welches die schwerste Strafe androht, ist dahin zu verstehen, daß die Strafe innerhalb der Grenzen dieses Gesetzes bemessen werden muß, wobei die Tatbestände der ideell konkurrierenden Paragraphen nicht etwa in Wegfall kommen, sondern neben demjenigen des Paragraphen, aus dem die Strafe zu entnehmen war, bestehen bleiben. 5 186.

Ob bei dem Vorliegen mehrerer Tätigkeitsakte die gesamte Tätigkeit des Angeklagten in einem solchen Zusammenhange steht, daß die verschiedenen Handlungen sich nur als die Ausflüsse einer einheitlichen, die ganze fortgesetzte Tätigkeit beherrschenden Vorsatzes und deshalb rechtlich als eine einheitliche Handlung darstellen, ist wesentlich Tatfrage. 6 126.

Hat der Täter eine Mehrheit zeitlich auseinanderliegender Handlungen vorgenommen, von denen jede den Tatbestand eines Delikts erfüllt, so bedarf nicht die Annahme einer Realkonkurrenz, sondern diejenige eines fortgesetzten Delikts einer besonderen Begründung.

Die Annahme eines fortgesetzten Delikts setzt außer der Gleichartigkeit und dem äußeren Zusammenhange der einzelnen Tätigkeitsakte sowie der Einheit des Rechtsguts insbesondere auch die Einheit des Vorsatzes voraus. Vorsatz ist aber der auf die Begehung der konkreten Einzeltat gerichtete Wille; der allgemeine Entschluß, bei sich bietender Gelegenheit, in gegebener Veranlassung oder zur Erreichung eines vorgesetzten Zieles eine Mehrheit von Straftaten zu begehen, reicht zur Annahme eines fortgesetzten Delikts nicht aus. 6 216.

1. Bei Idealkonkurrenz wird durch die Verjährung die Strafverfolgung der Tat ausgeschlossen, insoweit diese sich als ein Delikt darstellt, das nach dem Verbot des § 67 StGB. wegen Zeitablaufs nicht mehr verfolgt werden darf.

2. Durch jede richterliche Handlung, die sich auf den Gesamtvorgang bezieht, wird die Verjährung der sämtlichen idealkonkurrierenden Vergehen unterbrochen. 6 297.

Liegt äußerlich nur ein einziger Tätigkeitsakt vor, so kann auch rechtlich nur eine einzige Handlung in Frage kommen. 7 237.

Bei Idealkonkurrenz ist ausschließlich das die schwerste Strafandrohung enthaltende Gesetz zur Anwendung zu bringen.

Ein Vermischen der verletzten Strafgesetze ist durch die Vorschrift des § 73 StGB. ausgeschlossen. 8 79.

§ 79. Maßgebender Zeitpunkt der früheren Verurteilung ist die Verkündung des Urteils, nicht dessen Rechtskraft.[2]) 2 261.

[1]) In Uebereinstimmung mit RGSt. 10 53 ff.
[2]) Vgl. RGSt. 3 213, dann unten 3 26 u. 8 300.

Wenn das frühere verurteilende Urteil in der höheren Instanz aufgehoben ist und demnächst in erster oder höherer Instanz ein neues verurteilendes Urteil ergeht, so ist auf eine zwischen dem ersten und dem zweiten Urteile begangene strafbare Handlung der § 79 MStGB. nur dann anwendbar, wenn zu einer Verurteilung durch den zweiten Richter auch die prozessualen Vorbedingungen einer gleichzeitigen Verurteilung vorlagen. 2 261.

Für die Entscheidung, ob die abzuurteilende Tat „vor der früheren Verurteilung" wegen einer anderen Tat begangen ist, ist die Verkündung des die frühere Verurteilung aussprechenden Urteils maßgebend.[1]) 3 26.

Zur Anwendung des § 79 StGB. in der Berufungsinstanz genügt es nicht, daß dessen Voraussetzungen zur Zeit der Aburteilung in I. Instanz vorlagen, vielmehr müssen diese Voraussetzungen auch noch bei Fällung des Berufungsurteils gegeben sein.

Reformatio in pejus liegt nicht vor, wenn das Berufungsgericht, nachdem in I. Instanz auf eine Gesamtstrafe gemäß § 79 erkannt war, bei Wegfall der Voraussetzungen dieser Vorschrift für die dem angefochtenen Urteile zugrunde liegende Straftat die gleiche Strafe ausspricht, wie der erste Richter, und so die Summe der erkannten beiden Strafen die Dauer jener Gesamtstrafe überschreitet.[2]) 8 176.

Die Vorschrift des § 79 StGB. ist zwingender Natur und kann mit Rücksicht auf das nach § 461 MStGO. mögliche Verfahren nur dann unbeachtet gelassen werden, wenn das früher ergangene Urteil noch nicht rechtskräftig geworden ist.

Auch das Berufungsgericht hat, wenn bei Fällung seines Urteils die Voraussetzungen des § 79 StGB. gegeben und dem Gerichte bekannt sind, eine Gesamtstrafe auszusprechen. 8 270.

Für die Anwendbarkeit des § 79 StGB. ist das Datum des Berufungsurteils maßgebend, wenn der Berufungsrichter eine neue Entscheidung zu treffen hat. 8 300.[3])

§ 113. Der Irrtum des Beamten über die tatsächlichen Voraussetzungen der Rechtmäßigkeit seines Einschreitens beraubt ihn nicht des Schutzes des § 113 StGB. 2 6.

§ 123. Zur „Befriedung" genügt es, wenn der Eigentümer bzw. der berechtigte Inhaber das Grundstück in äußerlich erkennbarer Weise mittels zusammenhängender Schutzwehren — Zaun und Graben — gegen das beliebige Betreten durch andere geschützt hat. 8 130.[4])

§ 125. Der Begriff der Zusammenrottung[5]) erfordert das räumliche Zusammentreten oder Zusammenhalten einer Mehrheit von Personen zu einem gemeinschaftlichen bedrohlichen bzw. gewalttätigen und in seiner Rechtswidrigkeit äußerlich erkennbaren Handeln. Teilnehmer an einer Zusammenrottung kann daher nur derjenige sein, der bewußterweise auch räumlich ein Teil der Zusammenrottung ist und sein will.

Zur Annahme der Oeffentlichkeit einer Zusammenrottung genügt nicht, daß sie an einem öffentlichen Orte stattfindet, sondern es muß ein nach Ort und Zahl unbestimmter Kreis von Personen tatsächlich in einer derartigen Nähe sein, daß eine beliebige Vermehrung der Zusammengerotteten durch sie auch wirklich möglich ist. 5 57.

[1]) S. oben 2 261 u. unten 8 300.
[2]) In Uebereinstimmung mit RGSt. 32 7.
[3]) S. a. oben 2 261 und 3 26.
[4]) In Uebereinstimmung mit RGSt. 11 293, auch 20 150.
[5]) Vgl. hierüber auch diese Zeitschrift 1. Jahrg. S. 73.

Die Fortsetzung wird in weiteren Sonderbeilagen später erscheinen.

Eigentum von J. Schweitzer Verlag (Arthur Sellier) in München.
Druck von Dr. Franz Paul Datterer & Cie., G. m. b. H., Freising.

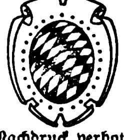
Nr. 8. München, den 15. April 1907. 3. Jahrg.

Zeitschrift für Rechtspflege in Bayern

Herausgegeben von
Th. von der Pfordten
K. Landgerichtsrat, verw. im K. Bayer. Staatsministerium der Justiz.

Verlag von
J. Schweitzer Verlag
(Arthur Sellier)
in München, Lenbachplatz 1.

Die Zeitschrift erscheint am 1. und 15. jeden Monats im Umfange von mindestens 2 Bogen. Preis vierteljährlich Mk. 3.—. Bestellungen übernimmt jede Buchhandlung und Postanstalt (Postzeitungsliste für Bayern Nr. 974a).



Redaktion und Expedition: München, Lenbachplatz 1. Insertionsgebühr 30 Pfg. für die halbgespaltene Petitzeile oder deren Raum. Bei Wiederholungen Rabatt. Stellenanzeigen 20 Pfg. Beilagen nach Uebereinkunft.

Die Wirkungen der Abtretung, Verpfändung und Pfändung einer Miet- oder Pachtzinsforderung bei der Zwangsversteigerung und der Zwangsverwaltung des Grundstücks.

Von Oberlandesgerichtsrat **Kretzschmar** in Dresden.

Auf Seite 22, 23 dieses Jahrgangs der Zeitschrift findet sich eine Entscheidung des OLG. München vom 16. Oktober 1906 mitgeteilt, die den Satz aufstellt, daß die Wirkungen, die der Pfändung von Mietzinsforderungen nach § 57 Satz 1 ZwVG. zukommen, durch den Abschluß von neuen Mietverträgen zwischen den Mietern und dem Ersteher des Grundstücks beseitigt werden könnten. Begründet wird der Satz damit, daß die Pfändung, da sie nicht den Eintritt des Pfandgläubigers in das Mietverhältnis zur Folge habe, den Ersteher nicht hindern könne, durch Vereinbarung mit den Mietern das Mietverhältnis für die Zukunft zu lösen und so eine weitere Entstehung von Mietzinsforderungen aus dem Vertrag auszuschließen. Der Ersteher verstoße auch nicht gegen die guten Sitten, wenn er mit den Mietern neue Verträge schließe, um das Recht des Pfändungsgläubigers für die Zukunft auszuschließen; denn er stehe zu dem Pfändungsgläubiger in keinem weiteren als dem durch die Forderungspfändung vermittelten Rechtsverhältnisse.

Bereits der Herr Einsender der Entscheidung warnt davor, diese Ausführungen ohne weiteres auf alle Fälle anzuwenden, wo neue Verträge zwischen dem Ersteher und den Mietern abgeschlossen würden. Die Entscheidung beruhe auf der besonderen Lage des Falles, daß neue Verträge *mit einem anderen Inhalt* abgeschlossen worden seien; habe die Erneuerung der Mietverträge keinen anderen Zweck als die Beseitigung des Pfandrechts, und würden nur der Form wegen nebensächliche Vertragsbestimmungen geändert, so werde man wohl unter Umständen zu einem anderen Ergebnisse zu gelangen haben.

Da die Frage nicht nur theoretisches Interesse bietet, sondern auch von erheblicher praktischer Bedeutung ist, soll sie unter Berücksichtigung der einschlagenden gesetzlichen Vorschriften einer näheren Erörterung unterzogen werden. Es wird sich dabei zeigen, daß die Entscheidung auch durch die Lage des Falles nicht getragen werden dürfte.

I.

Die Miete und die Pacht gehören, auch wenn sie mit Besitz verbunden sind, dem Rechte der Schuldverhältnisse an. Im allgemeinen gilt der Grundsatz, daß eine obligatorische Verpflichtung, die in Ansehung einer Sache eingegangen wird, nur den Schuldner für seine Person (und den Erben) bindet, nicht aber die Sache selbst erfaßt. Bei Anwendung dieses Grundsatzes würde Kauf Miete brechen und also bei einer Veräußerung des vermieteten oder verpachteten Grundstücks der Erwerber nicht an die von dem Veräußerer eingegangenen Miet- und Pachtverträge gebunden sein, so daß er von dem Mieter oder Pächter die alsbaldige Räumung des Grundstücks verlangen könnte, wie dies nach gemeinem Rechte auch der Fall war. Der E. I zum BGB. wollte dem folgen, wiewohl mit der nach verschiedenen Partikularrechten bestehenden Einschränkung, daß der Erwerber die Räumung des Grundstücks nur nach Ablauf der gesetzlichen oder der kürzeren vertragsmäßigen Kündigungsfrist sollte verlangen und der Mieter seinerseits, wenn der Erwerber von dem Kündigungsrechte Gebrauch machte, sofort von dem Vertrage sollte zurücktreten können. Demgegenüber stellte die 2. Komm. im Anschluß an das PrALR. den Satz auf, daß Kauf die Miete nicht bricht; dieser Satz ist in das BGB. übergegangen. Nach § 571 Abs. 1 tritt dann, wenn das vermietete Grundstück *nach der Ueberlassung an den Mieter* von dem Mieter an einen Dritten veräußert wird, der Erwerber an Stelle des Vermieters in die sich während der Dauer seines Eigentums aus dem Mietverhältnis ergebenden Rechte und Verpflichtungen ein. Entsprechendes gilt nach § 579 bei einer Weiterveräußerung. Diese Vorschriften greifen nach § 587 Abs. 2 BGB. auch bei der Pacht Platz.

Bei der Veräußerung des Grundstücks im Wege der Zwangsversteigerung finden sie mit der Einschränkung Anwendung, daß der Ersteher befugt ist, das Miet- oder Pachtverhältnis unter Einhaltung der gesetzlichen Frist zu kündigen, dieses Recht aber verliert, wenn er nicht zu dem ersten zulässigen Termin kündigt (§ 57 ZwVG.).

II.

Nach § 571 Abs. 1 BGB. hat an sich der Erwerber des Grundstücks, der nicht bloß in die Verpflichtungen sondern auch in die Rechte des Vermieters eintritt, die Mietzinsen vom Tage des Eigentumserwerbs an vom Mieter zu fordern; mit Rücksicht auf die Bedürfnisse des Verkehrs sind indes hiervon in den §§ 573—575 nach verschiedenen Richtungen Ausnahmen bestimmt.

Die Verhältnisse des Eigentümers eines Grundstücks können sich so gestalten, daß er gezwungen ist, behufs Beschaffung von Mitteln oder zur Befriedigung oder Sicherstellung eines Gläubigers die noch ausstehende Mietzinsforderung abzutreten oder zu verpfänden. Dementsprechend kann nach § 573 Satz 1 BGB. der Vermieter vor dem Uebergange des Eigentums an dem Grundstück über den Mietzins mit Wirkung gegen den Erwerber des Grundstücks für das zur Zeit des Uebergangs des Eigentums laufende und das folgende Vierteljahr verfügen. Eine solche Verfügung muß der Erwerber des Grundstücks gegen sich gelten lassen, auch wenn sie ihm nicht bekannt war; eine Verfügung über den Mietzins für eine spätere Zeit dagegen nur, wenn er sie, was ihm nachzuweisen ist, zur Zeit des Uebergangs gekannt hat (Satz 2).

Noch weiter geht die Wirksamkeit von Rechtsgeschäften, die zwischen dem Mieter und dem Vermieter in Ansehung der Mietzinsforderung vorgenommen werden, und so insbesondere einer Einziehung des Mietzinses. In dieser Beziehung machte sich zugleich der Schutz des Mieters gegen eine Unkenntnis vom Uebergange des Eigentums erforderlich. Mit Rücksicht hierauf ist nach § 574 die Wirksamkeit der Entrichtung des Mietzinses sowie sonstiger zwischen dem Mieter und dem Vermieter in Ansehung der Mietzinsforderung vorgenommenen Rechtsgeschäfte auf den Zeitpunkt abgestellt, wo der Mieter von dem Eigentumsübergange Kenntnis erlangt. Bis dahin kann der Mieter gültig die Miete an den Vermieter entrichten, sowie Rechtsgeschäfte mit ihm über die Mietzinsforderung eingehen und der Erwerber muß die Rechtsgeschäfte gegen sich gelten lassen, soweit sie sich nicht auf den Mietzins für eine spätere Zeit als das zu diesem Zeitpunkte laufende und das folgende Kalendervierteljahr beziehen. Die Kenntnis von dem Eigentumsübergang ist dem Mieter nachzuweisen.

Es gilt also Entsprechendes wie bei der Abtretung einer Forderung; ebenso verhält es sich nach § 575 mit der Aufrechnung. Darnach kann nämlich, soweit die Entrichtung des Mietzinses an den Vermieter nach § 574 dem Erwerber gegenüber wirksam ist, der Mieter gegen die Mietzinsforderung des Erwerbers eine ihm gegen den Vermieter zustehende Forderung aufrechnen. Die Aufrechnung ist ausgeschlossen, wenn der Mieter die Gegenforderung erworben hat, nachdem er von dem Uebergange des Eigentums Kenntnis erlangt hat, oder wenn die Gegenforderung erst nach Erlangung der Kenntnis und später als der Mietzins fällig geworden ist.

Nach § 57 Satz 1 ZwVG. gelten diese Vorschriften des BGB. bis auf die des § 573 Satz 2 auch dann, wenn ein Grundstück zwangsweise versteigert wird, so daß also der Ersteher des Grundstücks dem freihändigen Erwerber im allgemeinen gleichgestellt ist und nur eine Verfügung über den Mietzins für eine spätere Zeit als das zur Zeit des Zuschlags laufende und das folgende Kalendervierteljahr trotz seiner Kenntnis von der Verfügung nicht gegen sich gelten zu lassen braucht.

An den Vorschriften in § 101 Nr. 2 BGB. über die Verteilung der bürgerlichen Früchte wird hierdurch allenthalben nichts geändert; die Folge ist, daß der Erwerber des Grundstücks von dem Veräußerer Ersatz verlangen kann, soweit ihm auf Grund der Vorschriften der §§ 573—575 oder des § 57 Satz 1 ZwVG. Mietzins auf die Dauer seines Eigentums entgeht.

III.

Rechtsgeschäftliche Verfügungen nach § 573 BGB. sind die Abtretung, die Verpfändung und die Bestellung eines Nießbrauchs; die Belastung der Mietzinsforderung mit einem Nießbrauch wird wohl kaum je vorkommen, die Belastung des Grundstücks mit einem Nießbrauche gehört nicht hierher.

Durch die Abtretung geht die Mietzinsforderung in der Weise auf den Zessionar über, daß ihr Uebergang auf den Erwerber des Grundstücks ausgeschlossen ist. Die Verpfändung der Forderung hindert diesen Uebergang nicht, die Forderung geht aber auf den Erwerber mit dem Pfandrechte belastet über. Für das Pfandrecht an einer Mietzinsforderung gelten nach § 1279 BGB. neben den allgemeinen Vorschriften der §§ 1273—1277 über das Pfandrecht an Rechten die besonderen Vorschriften über das Pfandrecht an Forderungen in §§ 1280—1290. Darnach gehört zur Wirksamkeit der Verpfändung einer Mietzinsforderung außer der Einigung des Vermieters und des Pfandgläubigers die Anzeige des Vermieters von der Verpfändung an den Mieter (§ 1280); erst mit der Anzeige gelangt die Verpfändung zur Wirksamkeit. Auf das Rechtsverhältnis zwischen dem Pfandgläubiger und dem Mieter finden die Vorschriften Anwendung, die im Falle der Uebertragung einer Forderung nach §§ 404 ff. zwischen dem Zessionar und dem Schuldner gelten (§ 1275);

eine Aufhebung der Mietzinsforderung durch Rechtsgeschäft kann nur mit Zustimmung des Pfandgläubigers erfolgen (§ 1276).

Zwischen der Abtretung und Verpfändung besteht sonach in wirtschaftlicher Beziehung nur der Unterschied, daß die verpfändete Mietzinsforderung durch die sonstige Befriedigung des Pfandgläubigers und das damit eintretende Erlöschen des Pfandrechts für den Erwerber des Grundstücks frei werden kann.

Die bisher lebhaft umstrittene Frage, ob der rechtsgeschäftlichen Verfügung auch hier (wie im Falle des § 1124) die Verfügung im Wege der Zwangsvollstreckung (oder der Arrestvollziehung) gleichsteht, ist vom 3. und vom 5. Zivilsenat des RG. mit ausführlicher Begründung in bejahendem Sinne entschieden worden (Entsch. 58, 181; 59, 177).

Die Pfändung einer Forderung, die nach § 829 Abs. 3 ZPO. mit der Zustellung des Pfändungsbeschlusses an den Drittschuldner als bewirkt anzusehen ist, begründet ein Pfandrecht an der Forderung, das denselben Inhalt hat, wie ein durch Vertrag bestelltes Pfandrecht (§ 804 ZPO.). Insbesondere gilt im Verhältnisse zwischen dem Pfändungsgläubiger und dem Drittschuldner das gleiche wie wenn die Forderung verpfändet wäre, nur daß bei einer Pfändung der Gläubiger durch die Ueberweisung in Höhe seiner vollstreckbaren Geldforderung in zweifelsfreier Weise zur Einziehung legitimiert wird (§ 836 ZPO.), während bei einer Verpfändung diese Legitimation von dem Pfandgläubiger noch besonders zu erbringen ist. Eine Aufhebung der gepfändeten Forderung durch Rechtsgeschäft zwischen dem Gläubiger und dem Drittschuldner kann gemäß dem nach § 804 ZPO. ebenfalls zur Anwendung zu bringenden § 1276 BGB. nur mit Zustimmung des Pfändungsgläubigers erfolgen. (Schluß folgt.)

Die Verpflichtung des ausländischen Privatklägers zur Zahlung des erhöhten Gerichtskostenvorschusses.

Von **Joseph Bleyer**, II. Staatsanwalt, verwendet im Staatsministerium der Justiz.

Die Leiter einer Pariser Zeitung hatten gegen den verantwortlichen Redakteur eines Münchener Blattes Privatklage wegen Beleidigung gestellt. Nachdem die Privatkläger Revision eingelegt hatten, beantragte die Gerichtsschreiberei des Bayerischen Obersten Landgerichts, der Strafsenat möge darüber entscheiden, „ob für die Revisionsbeschwerdeführer als Ausländer die Verpflichtung zur Zahlung eines Gebührenvorschusses von 30 Mk. und eines Auslagenvorschusses von 12 Mk. bestehe."

Das ObLG. entschied hierauf am 30. Mai vor. Js. (Rev.Reg. Nr. 246/06), daß „die Revisionsbeschwerdeführer den im Antrage der Gerichtsschreiberei bezeichneten Gebührenvorschußbetrag nicht zu erlegen haben". Hierfür wurde folgende Begründung gegeben: Nach Abs. 1 des § 85 des GKG. haben Ausländer, die als Kläger auftreten, das Dreifache des in § 81 bestimmten Betrags und nach Abs. 4 in den Fällen des § 83 Abs. 1 30 Mk. als Vorschuß zu zahlen. Nach Abs. 2 Nr. 1 tritt aber diese Verpflichtung nicht ein, wenn nach den Gesetzen des Staates, welchem der Kläger angehört, ein Deutscher in gleichem Falle zu einer besonderen Vorauszahlung oder zu einer Sicherstellung der Gerichtskosten nicht verpflichtet ist. Art. 11 des Abkommens zur Regelung von Fragen des internationalen Privatrechts vom 14. November 1896, welches Frankreich mitabgeschlossen hat, und welchem das Deutsche Reich am 9. November 1897 beigetreten ist (RGBl. 1899 S. 285), bestimmt nun, daß Angehörigen eines der Vertragsstaaten, die in einem anderen dieser Staaten als Kläger oder Intervenienten vor Gericht auftreten, wegen ihrer Eigenschaft als Ausländer oder wegen mangelnden Wohnsitzes oder Aufenthalts im Inland eine Sicherheitsleistung oder Hinterlegung, unter welcher Benennung es auch sei, nicht auferlegt werden darf. Zu den Klägern im vorerwähnten Sinne sind auch die Privatkläger zu zählen (vgl. Rittmann, das deutsche GKG. S. 454). Sohin kann von den Privatklägern wegen ihrer Eigenschaft als Ausländer die Zahlung eines Vorschusses nach Maßgabe des § 85 Abs. 4 des GKG. nicht verlangt werden.

In einem späteren Beschlusse vom 22. November 1906 (Rev.Reg. Nr. 515/06) hat das Oberste Landesgericht seine Entscheidung aufrechterhalten. Privatkläger war in diesem Fall ein ungarischer Staatsangehöriger. Er wurde für nicht verpflichtet erklärt, den erhöhten Gebührenvorschuß zu zahlen. Die Begründung ist sehr kurz. Sie verweist auf den Art. 11 des Haager Abkommens vom 14. November 1896, dem die österreichisch-ungarische Monarchie am 9. November 1897 beigetreten sei (RGBl. 1899 S. 297), und fährt dann fort: „Da der im Inland als Kläger aufgetretene L. W. ungarischer Staatsangehöriger ist und in Budapest seinen Wohnsitz hat, so ist er im Hinblick auf die oben angeführte Vertragsbestimmung in Ansehung der Gebührenpflicht einem Inländer gleich zu behandeln und von der Bestimmung des § 85 Abs. 4 des GKG. nicht betroffen."

Die Richtigkeit dieser Beschlüsse und vor allem ihrer Begründung dürfte erheblichen Zweifeln begegnen.

Das Haager Abkommen vom 14. November 1896 (RGBl. 1899 S. 285) bezeichnet sich als

ein Abkommen „zur Regelung von Fragen des internationalen Privatrechts". Die Eingangsworte des Vertrags bestimmen als dessen Zweck genauer die Regelung „mehrerer auf den Zivilprozeß bezüglicher Fragen des internationalen Privatrechts". Der offizielle französische Text lautet dementsprechend: établir des règles communes concernant plusieurs matières de droit international privé, se rapportant à la procédure civile. Diese Fassung mag wissenschaftlich anfechtbar sein. Da das Zivilprozeßrecht öffentliches Recht ist, darf es strenge genommen dem Privatrechte nicht zugeteilt werden. Zum internationalen Privatrechte pflegt man aber auch das internationale Zivilprozeßrecht zu rechnen. Jedenfalls ist aus dem von den Vertragsstaaten wohl nicht ohne Grund gewählten Wortlaute zu entnehmen, daß der Vertrag sich auf Fragen des internationalen Strafrechts und Strafprozesses nicht bezieht (ebenso Delius, Handbuch des Rechtshilfeverfahrens 3. Aufl. S. 257 Anm. 1; Meili, Internationales Zivilprozeßrecht I. Teil S. 30). Das deutsche Privatklageverfahren ist eine besondere Art des Strafprozesses, aber ein rein strafprozessuales Verfahren. Auch in der Privatklage wird ein Strafanspruch des Staates geltendgemacht. Der Anspruch wird durch die Verhängung einer staatlichen Strafe verwirklicht. Nur die Erhebung des Anspruchs ist dem zunächst Betroffenen überlassen. Der die Wege des Zivilprozesses wandelnde alte Injurienprozeß ist durch die Einführung der Strafprozeßordnung beseitigt (vgl. § 11 EG. z. StPO., Löwe, Note 1 a. a. O.). Das deutsche Privatklageverfahren ist auch abgesehen von einzelnen Vorschriften in Nebengesetzen, erschöpfend in der Strafprozeßordnung geregelt. Es dürfte nach allem kein Zweifel daran bestehen, daß das deutsche Privatklageverfahren mit dem internationalen Privatrecht, also auch mit der Haager Konvention, nichts zu tun hat. Welche Erwägungen Delius a. a. O. bestimmen, die Frage als „zweifelhaft" zu bezeichnen, ist mir nicht bekannt, da er eine Begründung seines Zweifels nicht gibt. Es kann doch nicht ernstlich angenommen werden, daß der Gleichklang „Privatkläger — Privatrecht" diesen Zweifel verschuldet hat. Nun hat das Oberste Landesgericht zur Begründung seiner Ansicht in dem zeitlich früheren Beschluß auf eine Ausführung bei Rittmann S. 454 verwiesen. Sie lautet: „Im allgemeinen ist davon ausgegangen, daß die Verpflichtung des ausländischen Klägers oder Privatklägers zur Zahlung des in Abs. 1 und 4 vorgesehenen Vorschusses nur dann eintritt, wenn von ihm wegen der Prozeßkosten seitens des Beklagten oder Beschuldigten Sicherheitsleistung verlangt werden kann. Nur in den nachstehend erwähnten zwei Punkten passen die Vorschriften der ZPO. nicht auf die hier zu ordnende Frage" . . . . (Es folgt eine Besprechung der §§ 110 Nr. 1 und 111 der ZPO.).

Bei der Verwertung dieser Stelle hat man vermutlich ihre Entstehungsgeschichte übersehen. Ein Vergleich ergibt, daß sie — unter Berücksichtigung der Paragraphenänderungen — wörtlich den Motiven des an den Reichstag gebrachten Entwurfs eines Gerichtskostengesetzes entnommen ist (Drucksachen des Reichstags 3. Legislaturperiode II. Session 1878 Nr. 76 S. 105). Sie kann deshalb zur Auslegung des völkerrechtlichen Vertrags vom Jahre 1896 nicht herangezogen werden. Rittmann beabsichtigt hier auch nicht, zur Auslegung des Haager Abkommens beizutragen. Er will nur andeuten, in welchem Verhältnisse die Verpflichtung des Klägers, der Staatskasse Sicherheit zu leisten, zu seiner Verpflichtung steht, dem Beklagten oder Beschuldigten Sicherheit zu leisten. Das Oberste Landgericht hat also offenbar die Stelle mißverstanden.

Eine weitere Streitfrage, deren Behandlung man in den gerichtlichen Beschlüssen vermißt, kann hier nur gestreift werden. Sie betrifft die Auslegung des Art. 11 der Haager Konvention. Es ist streitig, ob die Angehörigen der Vertragsstaaten hierdurch nur von der Sicherheitsleistung gegenüber dem Beklagten (§§ 110 f der ZPO.) oder auch von der Zahlung des erhöhten Gerichtskostenvorschusses (§ 85 Abs. 1 GKG.) befreit worden sind. Für die einschränkende Auslegung sprechen gewichtige Gründe. Die herrschende Meinung hat sich aber für die Ausdehnung der Befreiung auf das Gebiet der Staatsgebühren ausgesprochen (vgl. RG., Entsch. in ZS. Bd. 52 S. 266, OLG. Hamburg in der Rechtspr. der OLG. Bd. 2 S. 208, OLG. Köln bei Böhm-Niemeyer, Zeitschrift für internationales Privat- und öffentliches Recht Bd. 12 S. 455, Meili, Das internationale ZPR. I. Teil 1904 S. 104 f).

Für die Anschauung des Obersten Landesgerichts wäre die Würdigung dieser Streitfrage von ausschlaggebender Bedeutung gewesen. Schließt man sich der Ueberzeugung an, daß das deutsche Privatklageverfahren durch das Haager Abkommen nicht beeinflußt wurde, so spielt die Frage freilich keine Rolle. Die Verpflichtung des ausländischen Privatklägers, den erhöhten oder den einfachen Gebührenvorschuß zu zahlen, bemißt sich dann nur nach dem Gerichtskostengesetze. Der § 419 der StPO. ist insoweit durch die Vorschriften des GKG. ersetzt (Löwe Note 1 a. a. O.). Der Ausländer, dem das Armenrecht nicht bewilligt ist, hat hiernach den Gebührenvorschuß von 30 Mk. stets dann zu zahlen, wenn nicht feststeht, daß nach den Gesetzen seines Staates ein Deutscher im gleichen Falle zu einer besonderen Vorauszahlung oder zu einer Sicherstellung der Gerichtskosten nicht verpflichtet ist. Nach der richtigen Auffassung ist der Ausländer von der Verpflichtung zur Leistung des erhöhten Vorschusses nur dann befreit, wenn der deutsche Privatkläger, der in dem ausländischen

Staate die gleiche Klage erhebt, ebenfalls weder eine besondere Zahlung zu leisten noch die Gerichtskosten sicherzustellen hätte. Wäre er hierzu verpflichtet, so muß der ausländische Privatkläger den erhöhten Vorschuß selbst dann zahlen, wenn das Gesetz seines Staates auch die eigenen als Privatkläger auftretenden Staatsangehörigen zur vorherigen Sicherstellung der Gerichtskosten anhält (Grundsatz der materiellen Gegenseitigkeit; vgl. die Entsch. der vereinigten ZS. des RG. zu § 110 der ZPO. Bd. 51 S. 1). Das Wesen der materiellen Gegenseitigkeit besteht darin, daß „eine Wohltat erwidert wird, die das ausländische Gesetz den Deutschen gewährt. Wird die Wohltat im Auslande nicht gewährt, so muß der Ausländer zufrieden sein, wenn er im Inlande nicht schlechter behandelt wird, als es die Regel seiner eigenen Gesetzgebung bedingt" (RG. a. a. O.). Bei der Durchführung dieses Grundsatzes können allerdings Schwierigkeiten entstehen, die einwandfrei kaum zu überwinden sind. Dem französischen Recht ist z. B. ein Privatklageverfahren nicht bekannt (vgl. Kade, die Privatklage in den Strafprozeßordnungen der Jetztzeit 1900 S. 72 f.; Thiersch, Anwendungsgebiet und rationelle Gestalt der Privatklage 1901 S. 2 f.). Da ein Deutscher in Frankreich keine Privatklage erheben kann, läßt sich die Lage des im Inlande klagenden Franzosen mit der Lage des Deutschen in Frankreich nicht vergleichen. Ich bin der Meinung, daß in einem solchen Falle der Grundsatz der materiellen Gegenseitigkeit nicht gewahrt ist, weil die strenge zu prüfenden Voraussetzungen für die als Ausnahme eintretende Gleichbehandlung des Ausländers nicht erwiesen sind. Die Beibringung des Nachweises der Gegenseitigkeit wird regelmäßig der ausländischen Partei aufzugeben sein. Bis dahin oder bis zur Zahlung des erhöhten Vorschusses muß der Richter, von dringenden Fällen abgesehen, die Vornahme jeder gerichtlichen Handlung ablehnen (§ 85 Abs. 5 GKG.). Die Einhaltung dieser Vorschrift ist im fiskalischen Interesse notwendig. Mit keinem ausländischen Staat ist ein Vertrag geschlossen, der die Beitreibung der im Inland entstandenen Gerichtskosten im Ausland ermöglicht. Auf Grund der Art. 12 und 13 des Haager Abkommens kann der Fiskus die Gerichtskosten von dem ausländischen Kläger nicht einmal in Zivilsachen beitreiben (RGEntsch. in ZS. Bd. 52 S. 266). Sind die Kosten von dem im Inlande klagenden Ausländer zu tragen, so kann sich der Fiskus in der Regel nur an den Vorschuß halten. Im übrigen ist er, wenn der Schuldner im Inlande kein Vermögen hat, wegen der Kostenzahlung auf dessen guten Willen angewiesen. Die Erfahrung lehrt, daß auf diesem Wege gewöhnlich nichts erreicht wird.

Die Grenzen der Pfändbarkeit von Ansprüchen.

Von Landrichter **du Chesne** in Leipzig.

Allbekannt ist der Streit darüber, ob auch solche Ansprüche gepfändet werden können, die künftig nur möglicherweise zur Entstehung kommen werden, ohne daß im Zeitpunkte der Pfändung mindestens schon eine Grundlage für sie vorhanden ist (s. nur RG. in DJZ. 04, 698). Er ist in der Hauptsache auf Grund des positiven Rechts geführt und dadurch eng mit der Frage der Abtretbarkeit der gleichen Ansprüche verquickt worden. Aber die Abtretung geschieht durch Vertrag (§ 398 BGB.), die Pfändung nicht. Wenn nun auch eine Forderung nicht abgetreten werden kann, soweit sie der Pfändung nicht unterworfen ist (§ 400 BGB.) und anderseits eine Forderung nur insoweit pfändbar ist, als sie übertragbar ist (§ 851 Abs. 1 ZPO.), so trägt doch anderseits das Gesetz auch den Unterschieden zwischen Abtretung und Pfändung durch § 851 Abs. 2 ZPO. verb. mit § 399 BGB. allgemein Rechnung. Unter diesen Umständen ist es vielleicht nicht ohne Interesse, die oben gedachte Streitfrage einmal daraufhin zu prüfen, ob sich nicht für ihre Beantwortung etwas aus der Natur der Pfändung selbst gewinnen läßt.

Ist die Abtretung ein Vertrag und daher im Zweifel der Vertragsfreiheit unbeschränkt unterworfen, so stellt sich dagegen die Pfändung als eine prozessuale, rechtsbegründende Handlung dar. Soweit sie Sachpfändung ist, bewirkt sie in sinnenfälliger Weise die Entziehung der Sache aus der Verfügungsmacht des Schuldners und die Ausübung einer Rechtsmacht zu Gunsten des Gläubigers. Durch diese doppelseitige Wirkung hebt sie sich deutlich von dem Verfügungsverbote ab, durch das gerade eine Rechtsmacht des Gläubigers an der davon betroffenen Sache nicht begründet wird (s. hierzu m. Ausführungen im ZBlFG. 7, 195 ff.). Bei der Anspruchspfändung ändert sich dies nur insofern, als hier kein sinnenfälliger Gegenstand vorhanden ist, an dem mittels Zugriffsaktes eine Rechtsmacht des Gläubigers begründet werden könnte. Es bleibt daher nur übrig, dem Drittschuldner bei Strafe der Nichtigkeit die Leistung, dem Schuldner die Einziehung zu verbieten. Auch hier aber wird der Anspruch nicht nur der Verfügung des Schuldners entzogen, sondern zugleich eine Rechtsmacht des Pfändungsgläubigers an ihm begründet. Dasselbe gilt endlich auch in den Fällen, in denen bei Mangel eines Drittschuldners äußerlich nur noch das Mittel des Verfügungsverbots übrig bleibt (§ 857 Abs. 2 ZPO); auch hier wird durch das Verfügungsverbot eine Rechtsmacht des Pfandgläubigers, ein Pfandrecht, begründet (§§ 857 Abs. 1, 804 Abs. 1 ZPO.).

Hieraus folgt zunächst, daß die Pfändung jedenfalls nicht ein Eingriff in die höchstpersönliche Sphäre des Schuldners ist, auch nicht ein Eingriff in

seine Willensfreiheit in der Richtung, daß durch die Pfändung sein Wille in eine bestimmte Richtung, etwa auf die Produktion wirtschaftlicher Werte gezwungen würde. Durch die Pfändung kann nicht die wirtschaftliche Produktionsfähigkeit des Schuldners zu Gunsten des Gläubigers sequestriert werden, da dies auf die Begründung einer Rechtsmacht am Menschen selbst, also eine Art ganze oder teilweise Schuldknechtschaft hinauskäme. Eine solche verträgt sich aber weder mit unsern modernen Anschauungen, noch wäre sie mit den Pfändungsmitteln der ZPO. herstellbar.

Gegenstände der durch die Pfändung für den Gläubiger zu begründenden Rechtsmacht, mag deren Natur im übrigen sein, welche sie will, können demnach nur Bestandteile des Vermögens des Schuldners sein. Und zwar muß es sich, da hier die Zwangsvollstreckung zur Befriedigung von Geldforderungen in Frage steht (§§ 803—882 ZPO.), um geldwerte Vermögensbestandteile handeln. „Vermögen in Ansehung der Zwangsvollstreckung ist der Inbegriff der dem Schuldner gehörigen Sachen und Rechte, soweit sie einen Geldwert haben, der dem Gläubiger zugewendet werden kann" (Petersen-Anger vor § 803 ZPO. unter Berufung auf RG. 13. 6. 93; ebenso Petersen-Kleinfeller KO.). Nur an solchen Rechten — allein um diese handelt es sich hier — kann demnach eine pfandrechtliche Macht des Gläubigers begründet werden. Dabei ist nicht erforderlich, daß diese Rechte von vornherein auf Zahlung von Geld gehen; nur müssen sie, um der Pfändung zugänglich zu sein, insofern einen Geldwert haben, als sie schon in diesem Zeitpunkte eine Abschätzung nach dem allgemeinen Wertmesser der Vermögensrechte, nach Geld, gestatten. Andernfalls könnten sie nicht als Bestandteile des schuldnerischen Vermögens angesehen werden. Nun läßt sich aber in der Entstehungsgeschichte eines jeden vermögenswerten Anspruchs der Augenblick bestimmen, in dem ihm dieser Vermögenswert entsteht. Betrachten wir folgenden Beispielsfall. C und B sind gut befreundet. C hat den B brieflich um ein Darlehen gebeten; B ist entschlossen, das Darlehen zu gewähren, hat aber noch nicht geantwortet. Dies erfährt A, dem gegen C eine vollstreckbare Forderung zusteht; er erwirkt sofort einen Pfändungsbeschluß, der dem B und C zugestellt wird, bevor B das Darlehen zugesagt hat. Hinterher sagt B trotz der Pfändung zu. Was war vorhanden, als die Pfändung, d. i. die Zustellung des Pfändungsbeschlusses erfolgte? Die Antwort muß lauten: Eine bloße Vorstellung der drei Beteiligten von einem künftigen Schuldverhältnisse. B stellte sich vor, daß er künftig Schuldner des C aus einem pactum de mutuo dando sein werde, C stellte sich vor, daß er Gläubiger sein werde, und dem A war beides bekannt. An dieser Sachlage änderte das freundschaftliche Verhältnis zwischen B und C nichts, und ebensowenig die daraus entspringende Absicht des B, das Vertragsverhältnis einzugehen. Eine bloße Vorstellung von einem künftig beabsichtigten Vermögensrechte hat keinen Vermögenswert; ein solcher kommt vielmehr erst wirklich durch Willenseinigung entstandenen Rechtsbeziehungen zu. Die rechtlich garantierte Willensbeziehung ist es auch allein, die mit den Pfändungsmitteln des heutigen Rechts erfaßt werden kann; erst wenn der Drittschuldner infolge Willenseinigung zu einer Leistung verpflichtet ist, kann an dieser Verpflichtung ein Recht begründet werden, mittels dessen der Gläubiger sich befriedigen kann. Diese Willensbeziehung ist auch bereits vorhanden, wenn das Rechtsverhältnis nur bedingt ist; sie fehlt aber, wenn das Rechtsverhältnis noch in der Zukunft liegt und zunächst nur in der Vorstellung der Beteiligten besteht.

Demnach treten die Voraussetzungen der Pfändung erst mit der rechtsbegründeten Willenseinigung ein. Entsprechendes muß aber auch gelten, soweit der zu pfändende Anspruch ex delicto oder ex lege begründet ist, da auch diese Ansprüche, bevor der sie begründende Umstand eintritt, nur in der Vorstellung der Beteiligten bestehen können. Dem entsprechen auch allein die für die Anspruchspfändung gegebenen richterlichen Verbote, an den Schuldner zu zahlen und sich der Verfügung über die Forderung zu enthalten (§ 829 ZPO.). Sie bieten keinen Raum für eine Abänderung oder auch nur Auslegung dahin, der Schuldner solle nicht verfügen, der Drittschuldner nicht leisten, wenn zwischen beiden ein Anspruch der näher zu bezeichnenden Art zustande kommen werde. Es läßt sich daher auch nicht annehmen, daß ein nach der Zustellung der beiden gedachten Befehle erst entstandener Anspruch von der Pfändung nachträglich ergriffen werde. Dies könnte, da zur Zeit der Pfändung weder der Anspruch (als Rechtsbeziehung) noch ein Vermögenswert des Anspruchs bestand und demnach die Voraussetzungen der Zwangsvollstreckung mangelten, nur durch Unterwerfung des Schuldners unter das Pfandrecht, also durch freiwillige Pfandbestellung geschehen; hierzu müßte aber das Vorliegen eines Vertrags nachgewiesen werden.

Ist dem aber so, so fragt es sich, was es mit der Ansicht auf sich hat, daß wenigstens solche Forderungen ꝛc. gepfändet werden könnten, für die bereits eine Grundlage, ein Mutterboden besteht. Schon oben ist darauf hingewiesen worden, daß dieser Mutterboden schon wegen der Natur der Pfändung nicht ein höheres absolutes Recht des Schuldners (auf körperliche Integrität, Freiheit, Ehre ꝛc.), auch nicht die Freiheit in der Produktion wirtschaftlicher Werte sein dürfe. Es bleiben also nur übrig bereits produzierte oder — hinsichtlich der Ansprüche ex delicto und ex lege — bereits aus der persönlichen Sphäre des Schuldners gelöste Rechtsverhältnisse oder Werte. Diese

können selbst pfändbar sein; dann fällt jede Schwierigkeit weg. Sie können aber auch, wie z. B. eine Geschäftsverbindung, unpfändbar sein, etwa weil sie höchstpersönlicher Natur — höchstpersönlich nicht im Sinne von absolut — sind. Dann kommt es darauf an, ob aus ihnen pfändbare Forderungen entstehen können. Es genügt aber hierzu nicht, daß die Forderungen durch einen dem Rechtsverhältnisse an sich fremden, von außen her wirkenden Umstand entstehen — denn alsdann läge ein nur in der Vorstellung bestehendes, künftig mögliches Rechtsverhältnis vor, und an einer bloßen Vorstellung läßt sich, wie oben gezeigt, keine pfandrechtliche Rechtsmacht begründen. Vielmehr muß das Rechtsverhältnis zur Erzeugung von Ansprüchen von vornherein bestimmt sein; es muß zufolge seiner rechtlichen Konstruktion die wesentlichen Elemente einer oder mehrerer pfändbarer Forderungen bereits in sich tragen, sodaß eine rechtliche Bindung, wenn auch noch nicht mit ihrer vollen Wirkung, bereits vorhanden ist. In einem solchen Falle läßt sich, da die Forderung das Stadium der bloßen Vorstellung bereits überwunden und auch, wie die bedingten Vermögensansprüche, einen Geldwert bereits erlangt hat, eine zur Vermittelung der Befriedigung des Gläubigers taugliche Rechtsmacht bereits begründen. Freilich, rechtlich besteht die Forderung noch nicht. Aber es besteht das Rechtsgut, auf das sie gerichtet ist, es besteht auch schon, im Gewande des Mutterrechtsverhältnisses, eine indirekte rechtliche Bindung; die Forderung besteht gewissermaßen bereits „auf dem Halme". Auch bei den Früchten auf dem Halme ist der zu ihrer Erzeugung bestimmte Mutterboden vorhanden, und die Früchte bestehen bereits als wirtschaftliches Gut, wenn auch noch nicht als Sachen im Rechtssinne. Läßt sich bei ihnen die Pfändbarkeit damit rechtfertigen, daß sie wirtschaftliche Güter bereits sind und im gewöhnlichen Laufe der Dinge zu Sachen im Rechtssinn erwachsen werden, so läßt sich das gleiche von Forderungen der behandelten Art sagen; auch bei ihnen ist eine Rechtsbeziehung, wenn auch in bedingter oder betagter Form, bereits vorhanden.

Mag man demnach die Abtretbarkeit der Ansprüche auf rein künftige, d. i. nur in der Vorstellung bestehende ausdehnen und eine solche Möglichkeit mit dem Grundsatze von der Vertragsfreiheit auch konstruieren können, so ist dies doch m. E. hinsichtlich der Pfändung im Hinblick auf deren Begriff und Ausgestaltung nicht möglich. Der erste Absatz des § 851 ZPO. ist hiernach nicht etwa als allgemeiner Satz des Inhalts aufzufassen: Im Zweifel ist jede Forderung, die übertragbar ist, auch pfändbar. Er stellt vielmehr nur für den Regelfall als einzelnes Erfordernis der Pfändbarkeit einer Forderung ihre Uebertragbarkeit auf, ohne damit die im Vorstehenden dargelegten weiteren Erfordernisse der Pfändbarkeit ausschließen zu wollen.

Mitteilungen aus der Praxis.

Kann man durch eine genau einen Monat dauernde Untersuchungshaft eine Strafhaft von einem Monate und drei Tagen verbüßen? Die Frage scheint widersinnig. Aber . . . !

Im Jahrgang 1906 Nr. 4 Seite 80 dieser Zeitschrift hat ein Kollege eine kurze Ausführung über die Berechnung der Strafzeit für den Fall gebracht, daß bei Einleitung der Vollstreckung einer Gesamtstrafe nach § 79 StGB. die Vollstreckung einer Einzelstrafe bereits begonnen hat; sie ist wohl von allen mit der Berechnung der Strafzeit befaßten Juristen und Nichtjuristen beifällig aufgenommen und gebilligt worden. In dieser Ausführung ist bemerkt, daß das Reichsgericht mit seinem in dieser Zeitschrift 1905 Nr. 13 Seite 304 abgedruckten Urteil des I. Strafsenates über die erwähnte Frage eine Entscheidung getroffen hat, die im Gegensatze zur Rechtsprechung des Obersten Landesgerichts vor der absonderlichen Folgerung: „$x + 1 = x - 1$" schützt und mit einer komplizierten Berechnung des Strafendes gründlich aufräumt.

Leider hat aber das Reichsgericht nur in dem vorerwähnten Falle eine einwandfreie Anschauung festgelegt, in einem anderen Falle dagegen einen Grundsatz aufgestellt, der nicht nur die verabschiedet geglaubte komplizierte Berechnung des Strafendes fortbestehen läßt, sondern zu den nämlichen Ungereimtheiten führt, wie die vom Reichsgericht abgetane, oben gestreifte Rechtsprechung des Obersten Landesgerichts.

Das Reichsgericht hat (vgl. Entsch. in Strafsachen Band 29 Nr. 30 Seite 75) die Frage: „Ist bei Anwendung des § 60 StGB. die erlittene Untersuchungshaft als antizipierte Strafhaft auf die erkannte Strafe anzurechnen?" verneint und ausgesprochen, es sei, wenn in einem Urteile ein Teil der erkannten Strafe als durch die Untersuchungshaft verbüßt erklärt ist, das Strafende in der Weise zu finden, daß zunächst der Endpunkt der Strafzeit gesucht wird, der sich ergeben würde, wenn — wenn! — kein Teil der Strafe durch die Untersuchungshaft für verbüßt erklärt wäre, und daß dann von den so gefundenen theoretischen Strafende soviel Zeit zurückgerechnet wird, als durch die Untersuchungshaft für verbüßt erklärt ist.

Es ist nicht Zweck dieser Besprechung, die eben angeführte Ansicht des Reichsgerichtes, die m. E. auf schiefer Stellung der Frage beruht, eingehend zu widerlegen. Selbstverständlich beginnt die Strafvollstreckung erst mit der Rechtskraft des Urteils, aber Beginn der Strafvollstreckung und Ausgangspunkt bei der Berechnung der Strafzeit sind durchaus verschiedene Dinge (vgl. die Begründung der obenerwähnten Reichsgerichtsentscheidung Jahrgang 1905 dieser Zeitschrift No. 13 S. 304) und die Fiktion, welche ein Urteil enthält, das Untersuchungshaft auf die erkannte Strafe anrechnet, wird auch durch eine nochmalige Fiktion nicht beseitigt, wie sie in der Berechnungsweise des Reichsgerichts liegt.

Ich denke, weitere Rechtsausführungen sind gar nicht nötig; der folgende praktische Fall dürfte ausreichende Widerlegungskraft in sich selbst bergen.

Ein Gericht erläßt am 28. Februar eines Nichtschaltjahres ein Urteil, in welchem eine Strafe von 1 Monat und 3 Tagen ausgesprochen und zugleich erkannt wird, daß auf diese Strafe 1 Monat Unter-

suchungshaft angerechnet wird. Der Verurteilte unterwirft sich sofort. Man sollte nun meinen, daß der Verurteilte noch 3 Tage zu erstehen hat. Aber nach der Anschauung des Reichsgerichts würde sich als theoretisches Strafende der 31. März und unter Zurückrechnung des als verbüßt erklärten Monats als wirkliches Strafende der 28. Februar ergeben, so daß der Verhaftete sofort nach der Unterwerfung zu entlassen wäre. Selbstverständlich wäre das Ergebnis das gleiche, wenn das Urteil auf 1 Monat und 2 Tage oder auf 1 Monat und 1 Tag bei Anrechnung eines Monats der Untersuchungshaft lauten würde.

Wenn man sich in diesem Falle fragt, auf welche Weise denn eigentlich der Strafvollzug bezüglich der den einen Monat überschießenden Tage der Strafe betätigt worden sein soll, dann bleibt für einen Unbefangenen doch wohl nur die eine Antwort: „durch eine unhaltbare Berechnungsweise."

Man muß unwillkürlich lächeln beim Gedanken, daß der Februar wohl aus Bosheit wegen der stiefmütterlichen Behandlung durch den alten G. J. Cäsar solche Faschingsscherze macht. Aber die Sache selbst ist ernster. Der Fall einer Differenz bei der Berechnung der Strafzeit, je nachdem man die reichsgerichtliche Anschauung oder die hier vertretene, natürlicher erscheinende unterstellt, kann äußerst häufig vorkommen, nicht nur bei einem am 28. Februar erlassenen Urteile, sondern auch bei einem am 26., 27. und 29. Februar und bei einem an einem beliebigen Tage dieses Monats, ja selbst (vgl. die Entscheidung des Reichsgerichts) bei einem an einem anderen Monatstage erlassenen Urteile. Und so steht der mit der Strafzeitberechnung befaßte Beamte wegen der Kompliziertheit der unnatürlichen Berechnung ständig in Gefahr, mit § 345 II des StGB. in Berührung zu kommen.

Es dürfte sich empfehlen, daß in allen ähnlichen Fällen das Gericht und eventuell das höhere Gericht zur Entscheidung der Frage angerufen wird, bis mit einer Anschauung gründlich aufgeräumt ist, die einem zumutet, das Pferd von hinten aufzuzäumen und einer Rechtsmathematik zu huldigen wie: „Bei richtiger Anwendung des § 60 des StGB. ist es mitunter gleichgültig, ob ein Urteil auf 1 Monat und 3 Tage, auf 1 Monat und 2 Tage, auf 1 Monat und 1 Tag oder auf bloß 1 Monat lautet d. h. 3 = 2 = 1 = 0!" oder: „Durch eine vom 31. Januar bis 28. Februar dauernde Untersuchungshaft kann man eine Strafhaft von 1 Monate und 3 Tagen verbüßen." Daß das Reichsgericht bei der fraglichen Entscheidung, wie sich aus ihr ergibt, an den Februar recht wohl gedacht hat, reicht m. E. nicht aus, den Zweifel an der Richtigkeit der Entscheidung zu beseitigen.

II. Staatsanwalt Schülein in Bayreuth.

Der Entschädigungsanspruch der Ausländer nach § 12 des Gesetzes vom 14. Juli 1904. Es ist die Frage aufgeworfen worden, ob der deutsche Staat, welcher durch Gerichtsbeschluß zur Entschädigung für verpflichtet erklärt wurde, schon wegen der Unanfechtbarkeit des Beschlusses (§ 4 III des Gesetzes) — bei Feststellung eines Schadens im Sinne des § 3 — verpflichtet ist, diesen Schaden zu ersetzen, auch wenn sich herausstellt, daß der Freigesprochene (außer Verfolgung Gesetzte) ein Ausländer ist, dessen Staat die Gegenseitigkeit nicht verbürgt hat, wenn also das erkennende Gericht den § 12 des Gesetzes vom 14. Juli 1904 irrtümlich nicht angewendet hat.[1] Für die Bejahung der Frage scheint die bereits erwähnte Unanfechtbarkeit des Beschlusses zu sprechen, für die Verneinung können die Ausführungen Kählers S. 10, 15 und Burlages S. 78, 79 über die „deklaratorische, nicht konstitutive" Natur des Gerichtsbeschlusses nicht verwertet werden. Jedenfalls ist den Bemerkungen Krauses S. 168 Nr. 5 und Lessings S. 46 Nr. 48 insoweit beizupflichten, als ein Irrtum des Gerichts (sei es über Tatsachen oder ein Rechtsirrtum) über die Voraussetzungen der Entschädigungspflicht nicht verbessert werden kann, soweit das Gericht *innerhalb seiner Zuständigkeit* entschieden hat. Der als entschädigungspflichtig erkannte Staat kann sich bei der Unanfechtbarkeit des Beschlusses nicht mehr darauf berufen, daß die Voraussetzungen des § 1 oder § 2 des Gesetzes nicht als gegeben erscheinen. Löwe-Hellweg spricht sich in der neuesten (12.) Auflage seines Kommentars zur Strafprozeßordnung S. 1014 nicht über die Frage aus.

Man wird, um zu einer befriedigenden Lösung zu gelangen, das Gesetz seinem ganzen Gedankengang nach ins Auge fassen müssen.

Ueber das Bestehen oder Nichtbestehen eines Entschädigungsanspruchs treffen dem Grunde nach die §§ 1, 2 des Gesetzes Bestimmung, der § 3 über die Höhe des Ersatzanspruchs, §§ 4—11 über die Formen, in welchen der richterliche Beschluß ins Leben tritt und der zugebilligte Anspruch verwirklicht wird, endlich, also weit getrennt von dem § 2, bemerkt das Gesetz im § 12, daß es auf Ausländer nur bei Verbürgung der Gegenseitigkeit Anwendung findet.

Schon aus diesem äußeren Aufbau geht hervor, daß die Voraussetzung der Staatsangehörigkeit vom Gesetz anders behandelt werden will, als die Voraussetzung der Schuld oder Unschuld. Der innere Grund dieser Unterscheidung ist unschwer darin zu finden, daß das Gericht, das in der Regel über die Staatsangehörigkeit ja gar nicht entscheidet[2] (von einigen besonderen Voraussetzungen der Strafbarkeit abgesehen, z. B. §§ 87, 94 StGB.) und die Beweisaufnahme nicht wegen der Entschädigungsfrage über das vom Strafverfahren gebotene Maß — Schuld oder Unschuld — ausdehnen soll (vgl. Motive S. 7, Burlage S. 83 ff., Protokolle der Strafprozeßkommission II S. 283, 284), sich lediglich mit den Voraussetzungen der §§ 1 und 2 zu befassen hat, (denn diese Prüfung hängt mit der Feststellung der Urteilsgründe innig zusammen, daher „gleichzeitig", Abs. I des § 4) und daß deshalb die Rechtskraft des Gerichtsbeschlusses (§ 4 III) sich nicht auf die Staatsangehörigkeit bezieht, weil die letztere eben gar nicht vom Gericht entschieden ist und nicht entschieden werden wollte. Die Folge dieses Gedankens, daß nämlich für den Ausländer der Entschädigungsbeschluß nur eine stumpfe Waffe sei, weil die übrigen Voraussetzungen des Gesetzes auf Ausländer keine Anwendung finden, ist auch von Burlage S. 119 ausgesprochen. Mit anderen Worten: wer den Entschädigungsanspruch gegen den deutschen Staat geltend machen will, muß

---

[1] Literatur hierzu: die Kommentare von Burlage, Romen, Kähler, Lessing, Krause zu den Entschädigungsgesetzen vom 20. Mai 1898 und vom 14. Juli 1904.

[2] Die Erhebungen nach § 242 II StPO. kann man keine Entscheidung nennen. Sie haben lediglich den Zweck der Feststellung der Identität.

außer dem positiven Gerichtsbeschlusse im Bestreitungsfalle einen Beweis beibringen, daß er eine Staatsangehörigkeit besitzt, die ihn nicht gemäß § 12 des Gesetzes vom Anspruch ausschließt. Müßte das Strafgericht über die Staatsangehörigkeit entscheiden, so könnte wegen der häufigen Schwierigkeit dieser Frage das Erfordernis „gleichzeitig" gar nicht verwirklicht werden: § 4 II. Korrekt und empfehlenswert wäre es natürlich, bei jedem positiven Gerichtsbeschlusse einzusetzen: vorbehaltlich des Nachweises der Zugehörigkeit zu einem Staate, dessen Angehörige durch den § 12 des Gesetzes vom Entschädigungsanspruch nicht ausgeschlossen sind. Aber die Nichterwähnung dieses Vorbehaltes ist unschädlich, weil der Vorbehalt ein gesetzlicher und deshalb ein selbstverständlicher ist.

Anderer Ansicht Lessing S. 46 Nr. 18, der zwischen der Voraussetzung der Unschuld und der Staatsangehörigkeit aber nicht unterscheidet.

Diese Ausführung kann natürlich nur dann richtig sein, wenn sie die Gegenprobe aushält, nämlich die Anwendbarkeit für den Fall, daß sich bei einem verneinenden Gerichtsbeschlusse hinterher herausstellt, daß der Angeklagte, den das Gericht für einen Ausländer gehalten hat, tatsächlich ein Deutscher ist. In dieser Beziehung ist zu unterscheiden: Hat das Gericht die Entschädigungspflicht des Staates nur deshalb verneint, weil der Angeklagte ein Ausländer ist, so ist die Rechtslage so zu beurteilen, als wenn überhaupt ein Gerichtsbeschluß nicht ergangen wäre. Denn das Gericht hat in Rücksicht auf einen Deutschen nicht geprüft, ob die Voraussetzungen der §§ 1 und 2 des Gesetzes vom 14. Juli 1904 vorliegen. Der Freigesprochene hat also das Recht, auf Nachholung des Beschlusses anzutragen, und falls dies das Gericht verweigern sollte, das Beschwerderecht. (Burlage S. 81 Nr. 11, Goldtammer, Archiv Bd. 50 S. 147). Hat aber das Gericht die Entschädigungspflicht verneint, weil die Voraussetzungen der §§ 1 und 2 nicht vorliegen und außerdem der Angeklagte ein Ausländer ist, so hat es damit sein Bewenden.

II. Staatsanwalt Dr. Haberstumpf in München.

Zu § 3 des Naturalleistungsgesetzes. Einen Grundsatz von weittragender Bedeutung für das Naturalleistungsgesetz hat der Verwaltungs-Gerichtshof in einer Entscheidung vom 2. Mai v. Js. ausgesprochen.

Das NatLG. unterscheidet in § 3 Abs. 4 zwischen angefordertem — requiriertem — und ermietetem Vorspann. Ersterer wird auf Anfordern der Militär-Verwaltung von der Gemeinde beschafft, während letzterer auf Grund Vertrages der einzelnen Fuhrwerkbesitzer mit der Militär-Verwaltung gestellt wird. Die Vergütung für den requirierten Vorspann regelt sich nach bestimmten vom Bundesrat für den betreffenden Lieferungsverband festgestellten Sätzen, welche zugleich die Höchstgrenze der für den ermieteten Vorspann zu gewährenden Vergütung bilden; Normalfall soll jedoch nach ausdrücklicher Vorschrift des Abs. 4 a. a. O. der ermietete Vorspann sein. Die Absicht des Gesetzgebers war hierbei offenbar die: Es sollte den Gemeinden nicht unnötigerweise durch Beschaffung der Fuhrwerke eine Last auferlegt werden, umsoweniger, als häufig die Gemeinde außerstande ist, um den feststehenden Vergütungssatz Fuhrwerke zu beschaffen und daher die eventuellen Mehrkosten selbst tragen oder von den Gemeindegliedern auf dem Wege der Umlagenerhebung einziehen muß.

In den meisten gemeindlichen Pflasterzoll-Ordnungen ist für Fuhrwerke des Militär-Aerars Pflasterzollfreiheit gewährt und nach der bisherigen Praxis wurde hierbei gewöhnlich kein Unterschied gemacht, ob es sich um requirierte oder ermietete Fuhrwerke handelte. Der VGH. hat indes nunmehr entschieden, daß der Begriff „ärarialische Fuhrwerke" streng wörtlich zu nehmen sei, also nur auf Fuhrwerke des Aerars sich beziehe, nicht aber auch allgemein auf Privatfuhrwerke zu ärarialischen Zwecken, m. a. W., daß ermietete Fuhrwerke nicht zu den „ärarialischen" zu rechnen, somit pflasterzollpflichtig sind.

Die notwendige Folge dieser Entscheidung wird sich zunächst darin äußern, daß diejenigen Gemeinden, die bisher nur „ärarialischen" Fuhrwerken Pflasterzollfreiheit zugestanden haben, künftighin von den ermieteten Gespannen Pflasterzoll erheben werden. Diese Maßregel wird aber anderseits wiederum die Fuhrwerksbesitzer veranlassen, ihre Fuhrwerke noch seltener als bisher an die Militär-Verwaltung zu vermieten, denn da erfahrungsgemäß bisher kein Fuhrwerksbesitzer bei Ermietung des Vorspannes um einen geringeren als den tarifmäßigen Satz gefahren ist, wird niemand angesichts der an sich schon geringen Vergütung noch den Pflasterzoll übernehmen wollen. Der Besitzer eines ermieteten Fuhrwerkes ist ja ohnedies schon im Falle einer Beschädigung des Gespannes usw. erheblich schlechter gestellt wie der eines requirierten Vorspannes, da dem Ersteren erst auf dem Wege des Vertrages dieselben Ersatzansprüche zugebilligt werden dürfen, welche dem Letzteren schon kraft Gesetzes — § 9 a. a. O. — zustehen.

Die letzte Konsequenz besteht schließlich darin, daß die Gemeinden künftighin noch mehr wie bisher durch Vorspann-Requisitionen belästigt werden, was wiederum, wie oben dargetan, der Absicht des § 3 Abs. 4 a. a. O. vollkommen zuwiderläuft.

Dr. Jacquin, Hilfsarbeiter bei der Intendantur des III. Armeekorps in Nürnberg.

Aus der Praxis der Gerichte.

Reichsgericht.

A. Grundbuchsachen.

Muß der befreite Vorerbe bei einer Verfügung über eine Hypothek dem Grundbuchamte die Zustimmung des Nacherben nachweisen? (BGB. §§ 2136, 2113; GBO. § 52). Im Grundbuche von F. ist eine Hypothek für die Eheleute G. eingetragen. Der Ehemann G. ist gestorben. In seinem Testamente hat er seine Frau als Vorerbin eingesetzt und die Nachkommen seiner verstorbenen Tochter S. Sch. als Nacherben auf das berufen, was nach dem Tode der Vorerbin übrig sein wird. Am 10. Oktober 1906 hat die Witwe „handelnd sowohl eigenen Namens wie auch als die von allen gesetzlichen Beschränkungen, also auch von den Beschränkungen der §§ 2113, 2114 BGB. befreite Vorerbin ihres Ehemanns" zu notarieller Urkunde die Löschung der Hypothek bewilligt und beantragt und hat bekannt, deren Betrag empfangen zu haben. Der Eigentümer hat gleichfalls die Löschung beantragt. Das Grundbuchamt hat die Löschung abgelehnt, weil auch bei befreiter Vorerbschaft die Nacherben Passivbeteiligte im Sinne der §§ 13, 19, 40, 41 GBO. seien und wegen der Möglichkeit, daß eine unentgeltliche Ver-

fügung vorliege, zur Löschung der Nachlaßhypothek ihre Zustimmung erforderlich sei. Durch den Quittungsvermerk sei nicht bewiesen, daß kein unentgeltliches Rechtsgeschäft vorliege. Auch aus § 52 GBO. folge, daß auch bei der befreiten Vorerbschaft der Vorerbe und der Nacherbe als die Erben anzusehen seien, deren Rechte durch eine Eintragung im Sinne des § 41 GBO. betroffen würden. Die Beschwerde wurde zurückgewiesen. Das Oberste Landesgericht legte die weitere Beschwerde gemäß § 79 Abs. 2 GBO. dem Reichsgerichte vor. Es führte aus: Neben dem Rechte des Vorerben stehe das bedingte Recht des Nacherben; die sich daraus ergebende Beschränkung des Verfügungsrechts könne auch der befreite Vorerbe nicht dadurch beseitigen, daß er seine Verfügung für eine unentgeltliche erkläre. Indessen habe das Grundbuchamt nicht bei jeder Eintragungsbewilligung eines Verfügungsberechtigten, dessen Verfügungsrecht unter gewissen Umständen ausgeschlossen sei (wie des Vaters, des Ehemanns, des Konkursverwalters, des Testamentsvollstreckers), den Nachweis zu verlangen, daß kein solcher Umstand vorliege, sondern zunächst sei zu prüfen, ob ein Anlaß zu einem Zweifel bestehe. Verfügungen des befreiten Vorerben seien grundsätzlich nicht anders zu behandeln, wenn schon die Möglichkeit, daß die Verfügung des Vorerben eine das Recht des Nacherben beeinträchtigende Schenkung enthalte, näher liege als die Möglichkeit, daß der Vater oder Ehemann die Grenze seines Verfügungsrechts durch eine Schenkung überschreite. Daß die Einwilligung des Nacherben in allen Fällen beigebracht werden müsse, auch wenn nach den Umständen an eine unentgeltliche Zuwendung nicht zu denken sei, lasse sich auch aus § 52 GBO. nicht entnehmen. An der Aufhebung der Entscheidungen der Vorinstanzen sei jedoch das Gericht durch den Beschluß des Reichsgerichts vom 12. Juli 1905 (Entsch. Bd. 61 S. 228) gehindert. Das Reichsgericht wies die weitere Beschwerde zurück.

Aus den Gründen: Nach § 2113 Abs. 1, 2, §§ 2114, 2136, 2137 BGB. sind im Falle des Eintritts der Nacherbfolge Verfügungen des befreiten Vorerben über Erbschaftsgegenstände unwirksam, wenn sie unentgeltlich oder zum Zwecke der Erfüllung eines von dem Vorerben erteilten Schenkungsversprechens erfolgt sind. Insoweit wird also das Verfügungsrecht des befreiten Vorerben durch das Recht des Nacherben beschränkt; über die Dauer der Vorerbschaft hinaus ist auch der befreite Vorerbe zu unentgeltlichen Verfügungen nicht befugt. Gemäß § 2113 Abs. 3 BGB. finden hinsichtlich der Wirkung der Verfügungen des Vorerben die Vorschriften über den Rechtserwerb Dritter in gutem Glauben an die Richtigkeit des Grundbuchs (§ 892 BGB.) Anwendung. Deshalb darf der Grundbuchrichter auf Grund der Verfügung des Vorerben über ein zum Nachlasse gehörendes Grundstück oder ein solches Recht an einem Grundstücke die Eintragung einer Rechtsänderung nur vornehmen, wenn sich die Verfügung ausdrücklich auf die Dauer der Vorerbschaft beschränkt oder feststeht, daß die Verfügung nicht entgeltlich ist, oder dem Nacherben die Möglichkeit gewahrt wird, beim Eintritte der Nacherbfolge die etwaige Unwirksamkeit der Verfügung auch gegenüber einem dritten Erwerber mit Erfolg geltend zu machen. Liegen die beiden ersten Voraussetzungen nicht vor, und bildet die Uebertragung eines Grundstücks oder eines Rechts an einem Grundstücke den Gegenstand der Verfügung, dann ist die Eintragung des Vorerben und zugleich des Rechtes des Nacherben gemäß § 52 GBO. ein geeignetes Schutzmittel für den Nacherben. Denn durch sie wird das Recht des Nacherben Dritten erkennbar. Der Grundbuchrichter hat daher in einem solchen Falle die Eintragung der Rechtsänderung von der Eintragung des Vorerben und des Nacherbenrechts abhängig zu machen. Die Vorinstanzen folgern diese Verpflichtung daraus, daß nach § 40 Abs. 1 GBO. eine Eintragung nur erfolgen soll, wenn derjenige als der Berechtigte eingetragen ist, dessen Recht durch sie betroffen wird, und daß zwar in dem Falle der Uebertragung eines Rechts der durch die Eintragung der Rechtsänderung betroffene Erbe des eingetragenen Berechtigten gemäß § 41 Abs. 1 GBO. von der Eintragungspflicht befreit sei, aber im Falle einer Nacherbschaft unter „Erbe" im Sinne des § 41 Abs. 1 a. a. O. Vorerbe und Nacherbe zusammen zu verstehen seien. Das ist nicht zutreffend. Der Vorerbe ist gemäß § 2100 BGB. wirklicher alleiniger Erbe; der Nacherbe wird erst mit dem Eintritte der Nacherbfolge Erbe. Daher ist während der Dauer der Vorerbschaft nur der Vorerbe „Erbe" im Sinne des § 41 GBO.; deshalb ist der Vorerbe im Falle der Übertragung eines Rechts von der Eintragungspflicht aus § 40 Abs. 1 GBO. an sich befreit. Weil aber auch der befreite Vorerbe zu unentgeltlichen Verfügungen über die Dauer der Vorerbschaft hinaus nicht befugt ist und der Rechtserwerb auf Grund der Verfügung des Vorerben unter dem öffentlichen Glauben des Grundbuchs steht, ist zum Schutze des Nacherben die vorgängige Eintragung des Vorerben und des Nacherbenrechts zu erfordern, wenn nicht feststeht, daß die Verfügung keine unentgeltliche ist. Soll ohne sie die Rechtsänderung eingetragen werden, so kann dies nur geschehen, wenn der Nacherbe formgerecht (§ 29 GBO.) seine Einwilligung erklärt; denn durch eine sein Recht nicht kundbar machende Eintragung der Rechtsänderung wird im Sinne des § 19 GBO. der Nacherbe in seinem Rechte betroffen. Die Zustimmung des Nacherben hat zugleich die Bedeutung, daß der Nacherbe damit erklärt, er wolle die Verfügung des Vorerben als wirksam gelten lassen. Demnach hat der Grundbuchrichter auch im Falle der Verfügung eines befreiten Vorerben, wenn sie die Uebertragung eines eingetragenen Rechtes zum Gegenstande hat und nicht ihre Entgeltlichkeit feststeht, die Rechtsänderung nur einzutragen, wenn die vorherige Eintragung des Vorerben und des Rechtes des Nacherben erfolgt oder der Nacherbe zustimmt (Güthe, Anm. 5 zu § 41 GBO., Meikel im „Recht" 1905 S. 186 f.).

Soll, wie hier, auf grund der Verfügung des befreiten Vorerben die Löschung eines eingetragenen Rechtes erfolgen, so versagt das Schutzmittel der vorherigen Eintragung des Vorerben und des Rechts des Nacherben. Denn durch die Löschung werden alle auf das Recht bezüglichen Eintragungen aus dem Grundbuche beseitigt; es würde mithin auch die Eintragung des Nacherbenrechts wieder beseitigt werden, sodaß es aus dem Grundbuche nicht ersichtlich wäre. Eine vorläufige Löschung (etwa mit dem Vorbehalte des Rechtes des Nacherben, im Falle des Eintritts der Nacherbfolge die Wiedereintragung zu verlangen), ist dem Gesetz unbekannt. Deshalb darf in einem solchen Falle die Löschung gemäß § 19 GBO. vom Grundbuchrichter nur vorgenommen werden, wenn die Einwilligung des Nacherben beigebracht wird, sofern nicht feststeht, daß die Verfügung keine unentgeltliche ist. Diese Einwilligung oder im Falle der Uebertragung eines Rechtes die vorherige Eintragung des Nacherbenrechts wäre an sich nicht erforderlich, wenn feststände, daß die Verfügung keine unentgeltliche ist; denn es wäre dann der befreite Vorerbe zu der Verfügung über das Recht auch über die Dauer der Vorerbschaft hinaus befugt. Aber dem Grundbuchrichter kann der Nachweis, daß eine Verfügung nicht unentgeltlich ist, nicht mit den im Grundbuchverfahren zulässigen Beweismitteln geführt werden. Wenn auch der Vorerbe selbst in der die verfügende Erklärung enthaltenden Urkunde anerkennt, daß die Verfügung entgeltlich sei, daß z. B. zufolge Zahlung des Eigentümers die zum Nachlasse gehörende Hypothek getilgt sei, so ist doch die Möglichkeit nicht ausgeschlossen, daß die Erklärung unrichtig ist. Von dem Obersten Landesgericht wird dem entgegengehalten, es habe der Grundbuchrichter einen

Nachweis der Entgeltlichkeit der Verfügung nicht zu fordern, wenn nach den Umständen, insbesondere mit Rücksicht auf die persönlichen Beziehungen der Beteiligten zu einander, an eine unentgeltliche Zuwendung nicht zu denken sei. Ferner wird von Jastrow und von Weber in der Zeitschrift des deutschen Notarvereins 1906 S. 111 und S. 650 ff. geltend gemacht, die in den Formen des § 29 GBO. abgegebene Erklärung des Vorerben und des etwa sonst Beteiligten, daß die Verfügung entgeltlich sei, müsse dem Grundbuchrichter genügen; die entfernte Möglichkeit, daß die betreffende Erklärung zum Schein abgegeben sei, dürfe den Grundbuchrichter nicht dazu führen, den Nachweis der Entgeltlichkeit durch ihr Bekenntnis seitens der Beteiligten nicht für erbracht anzusehen. Das ist nicht zutreffend. In der Regel wird freilich sehr wahrscheinlich sein, daß die von den unmittelbar Beteiligten abgegebene, die Entgeltlichkeit der Verfügung bestätigende Erklärung auch den Tatsachen entspricht. Allein schon mit Rücksicht auf die Sicherheit des Grundbuchverkehrs können solche Wahrscheinlichkeiten oder Vermutungen nicht als genügende Grundlagen für eine Eintragung gelten. Vor allem aber handelt es sich nicht darum, ob durch die Erklärungen der Beteiligten die diesen selbst gegenüber für die Eintragung einer Rechtsänderung erforderlichen Beweise erbracht werden. Der Grundbuchrichter hat nach dem Legalitätsprinzip im allgemeinen nur die Rechtsgültigkeit der Eintragungsbewilligungen zu prüfen. Unter Umständen wird er aber auch fordern müssen, daß gegenüber den unmittelbar Beteiligten der Nachweis eines bestimmten Kausalgeschäfts geführt ist, das der in der Eintragungsbewilligung enthaltenen Verfügung zugrunde liegt. In solchen Fällen wird er bei Vorlegung formgerechter, den Abschluß des Kausalgeschäfts bestätigender Erklärungen den Nachweis seines Abschlusses den Beteiligten gegenüber für geführt erachten müssen, es sei denn, daß sichere Anhaltspunkte dafür gegeben sind, daß die Erklärungen unwirksam sind. Denn die Beteiligen sind an ihre Erklärungen gebunden, solange sie von ihnen nicht mit Erfolg angefochten sind, mögen sie nun der Wirklichkeit entsprechen oder nicht. Anders aber liegt die Sache hier. Dem Nacherben gegenüber soll der Nachweis erbracht werden, daß die Verfügung des Vorerben nicht unentgeltlich ist. Dieser Nachweis müßte so zwingend sein, daß für den Nacherben nicht die Möglichkeit bliebe, ihn umzustoßen. Denn nur dann wäre sicher, daß der Vorerbe dem Nacherben gegenüber zu der Verfügung befugt ist, und nur dann könnte davon abgesehen werden, den Nacherben gegen Benachteiligungen zu schützen. Ein solcher Beweis läßt sich durch die im Grundbuchverfahren zugelassenen Urkundenbeweise nicht erbringen. Eine Offenkundigkeit hinsichtlich der Frage, ob eine Verfügung des Vorerben im einzelnen Fall entgeltlich oder unentgeltlich ist, wird für den Grundbuchrichter kaum jemals in Betracht kommen. Urkundliche Erklärungen des Vorerben selbst, daß seine Verfügung entgeltlich sei, liefern keinen genügenden Beweis. Das gilt auch dann, wenn die Löschung einer Hypothek auf Grund der Quittung und Löschungsbewilligung des befreiten Vorerben erfolgen soll. Sonst könnte sich der Vorerbe, der schenkungsweise die Aufhebung der Hypothek bewilligen will, die fehlende Verfügungsbefugnis durch seine eigene Erklärung verschaffen, daß er zufolge Zahlung die Löschung bewillige.

Das Oberste Landesgericht hat gemeint, aus der dargelegten Auffassung würde sich ergeben, daß die Verfügungsbefugnis des Testamentsvollstreckers, der nach § 2205 BGB. zu unentgeltlichen Verfügungen nicht berechtigt ist, des Vaters und des Vormundes, die nach § 1641 und § 1804 BGB. nicht in Vertretung des Kindes oder Mündels Schenkungen machen können, des in Gütergemeinschaft lebenden Mannes, der nach § 1446 BGB. zu einer Schenkung aus dem Gesamtgute der Einwilligung der Frau bedarf, vom Grundbuchrichter auch dann für nicht nachgewiesen erachtet werden dürfe, wenn nach den Erklärungen der Beteiligten die Verfügung keine unentgeltliche sei. Allein diese Personen stehen dem befreiten Vorerben hinsichtlich des Nachweises der Verfügungsbefugnis nicht gleich. Bei Verfügungen dieser Personen hat der Grundbuchrichter nur zu prüfen, ob die Verfügungen innerhalb der Grenzen der den Verfügenden durch das Gesetz gewährten Verfügungsbefugnis liegen. Es handelt sich also für den Grundbuchrichter nur um eine Frage der Legitimationsprüfung. Hierbei wird er nicht ausschließlich urkundliche Beweise zu fordern haben, sondern auch allgemeine, feststehende Erfahrungssätze beachten müssen, die auch sonst zu berücksichtigen sind, wenn der Grundbuchverkehr nicht lahmgelegt werden soll. Insbesondere wird er zu erwägen haben, daß die genannten Personen Verwalter fremder Vermögen sind und erfahrungsgemäß von solchen unentgeltliche Verfügungen zum Nachteil der von ihnen Vertretenen nur sehr selten vorgenommen werden. Bei Befolgung dieser Grundsätze wird er die Erklärungen der Beteiligten, daß die Verfügung nicht unentgeltlich sei, als wahr erachten, es sei denn, daß besondere Umstände für die Annahme des Gegenteils sprechen. Den Nacherben aber will das Gesetz offensichtlich gegen benachteiligende Verfügungen des Vorerben besonders schützen. Denn es verbietet die Befreiung des Vorerben von der Beschränkung hinsichtlich unentgeltlicher Verfügungen (§ 2136 BGB.) und es bestimmt, daß bei der Eintragung des Vorerben zugleich das Recht des Nacherben einzutragen ist (§ 52 GBO.). Hiernach war die weitere Beschwerde auf Kosten der Beschwerdeführer zurückzuweisen. (Beschl. des V. ZS. v. 23. Februar 1907, V B 14/07). — — — n.

849

B. Freiwillige Gerichtsbarkeit.

Pflegschaft wegen geistiger Gebrechen (BGB. §§ 1920, 1910). Die Staatsanwaltschaft hat beantragt, drei von G. L. in N. verfaßte Druckschriften beleidigenden Inhalts unbrauchbar zu machen. L. wurde zu dem Verfahren zugezogen, aber die Strafkammer erklärte ihn auf Grund ärztlicher Gutachten für unfähig, die ihm nach §§ 478, 479 StPO. zustehenden Befugnisse wahrzunehmen. Sie nahm an, L. sei in den Angelegenheiten die, wie die beanstandeten Schriften, mit seinen Beziehungen zu dem Dr. B. in N. zusammenhingen, so von krankhaften Vorstellungen beeinflußt, daß ihm die Geschäftsfähigkeit fehle. Auf Antrag des Staatsanwalts ordnete das Amtsgericht an, es sei L. zur Wahrnehmung seiner Rechte in dem Einziehungsverfahren ein Pfleger zu bestellen. L. hatte der Anordnung der Pflegschaft widersprochen; seine Einwilligung wurde für entbehrlich erachtet, weil seine freie Willensbestimmung in dieser mit seinen Beziehungen zu Dr. B. zusammenhängenden Angelegenheit ausgeschlossen sei. Die Beschwerde hatte keinen Erfolg. Die weitere Beschwerde wurde vom Obersten Landesgerichte zurückgewiesen. Inzwischen hatte L. bei dem Amtsgerichte beantragt, ihm zur Vertretung in einem gegen Dr. B. zu erhebenden Rechtsstreite einen Pfleger zu bestellen, war aber abgewiesen worden, weil sein Geisteszustand ihn zur selbständigen Besorgung seiner Angelegenheiten nicht unfähig mache. Gestützt auf diese Abweisung und auf ein ärztliches Gutachten stellte der Pfleger bei dem Amtsgerichte den Antrag, die Pflegschaft aufzuheben, weil ihr Grund weggefallen sei. Das Amtsgericht wies den Antrag zurück. Der Pfleger legte Beschwerde ein. Das Landgericht wies sie zurück. Es nahm an, L. sei geisteskrank, leide an Querulantenwahn und befinde sich infolge dieser Krankheit jedenfalls in allen die Person des Dr. B.

betreffenden Angelegenheiten in einem die freie Willensbestimmung ausschließenden, nicht vorübergehenden Zustande krankhafter Störung der Geistestätigkeit. Der Pfleger hat weitere Beschwerde eingelegt. Das ObLG. legte sie dem RG. vor, wobei es ausführte: Auf Gesetzesverletzung beruhe die Entscheidung des LG. nur dann, wenn mit Rücksicht auf § 1920 BGB. L. über den Aufhebungsantrag des Pflegers hätte gehört werden sollen. Die Unterlassung der Anhörung sei gerechtfertigt, weil ein wirksamer Antrag auf Aufhebung der Pflegschaft von einem Pflegebefohlenen nicht gestellt werden könne, bei dem, wie das bei L. nach den Feststellungen des LG. der Fall sei, die freie Willensbestimmung infolge dauernder krankhafter Störung der Geistestätigkeit ausgeschlossen sei. Dagegen habe das Kammergericht in einem Beschlusse vom 15. Februar 1906 (RJA. B. 7 S. 79) den § 1920 dahin ausgelegt, daß die Fähigkeit des Pflegebefohlenen genüge, die Bedeutung des Antrags zu erkennen und seinem Willen verständlichen Ausdruck zu geben. Deshalb sei die weitere Beschwerde dem RG. vorzulegen. Dieses trat der Auffassung des ObLG. bei.

Aus den Gründen: Nach § 6 Nr. 1 BGB. kann eine Entmündigung nur erfolgen, wenn der Geisteskranke oder Geistesschwache die Gesamtheit seiner Angelegenheiten nicht besorgen kann. Hindert das geistige Gebrechen nur die Besorgung einzelner Angelegenheiten oder eines bestimmten Kreises der Angelegenheiten, so kann nur eine Pflegschaft eingeleitet werden (§ 1910 Abs. 2), zulässig ist die Einleitung einer Pflegschaft auch dann, wenn das geistige Gebrechen die Besorgung der Angelegenheiten in der Gesamtheit hindert, die Fürsorge aber nur für einzelne Angelegenheiten nötig wird. Hiernach kann es vorkommen, daß einer Person, die sich in einem die freie Willensbestimmung ausschließenden Zustande krankhafter Störung der Geistestätigkeit befindet, zur Besorgung einzelner Angelegenheiten oder eines bestimmten Kreises ihrer Angelegenheiten ein Pfleger zu bestellen ist. Gemäß § 1910 Abs. 3 darf die Pflegschaft nur mit Einwilligung des Gebrechlichen angeordnet werden, es sei denn, daß eine Verständigung mit ihm nicht möglich ist. Die Willenserklärung einer Person, die sich in einem die freie Willensbestimmung ausschließenden Zustande krankhafter Störung der Geistestätigkeit befindet, ist unwirksam, mag die Störung der Geistestätigkeit dauernd oder vorübergehend sein (§ 105 Abs. 1 mit § 104 Nr. 2 und § 105 Abs. 2 BGB.). Von der Willenserklärung einer solchen Person läßt sich die Anordnung der Pflegschaft nicht abhängig machen. In einem solchen Falle greift die Ausnahme Platz, die § 1910 Abs. 3 zuläßt. Der Einwilligung bedarf es nicht, weil eine Verständigung mit dem Gebrechlichen nicht möglich ist. In Uebereinstimmung mit dem Beschluße des Bayer. ObLG. vom 6. Mai 1905 [1]) hat deshalb das RG. in dem Beschlusse vom 10. Mai 1906 [2]) im Gegensatz zu dem Beschlusse des KammerG. vom 9. März 1905 (RJA. Bd. 6 S. 2) ausgesprochen, daß, wenn der Gebrechliche im Sinne des § 104 Nr. 2 keinen freien Willen hat, seine Einwilligung für die Anordnung der Pflegschaft nicht erforderlich ist.[3]) Mit der Vorschrift des § 1910 Abs. 3 hängt die des § 1920 zusammen, wonach die nach § 1910 angeordnete Pflegschaft aufzuheben ist, wenn der Pflegebefohlene die Aufhebung beantragt. Daß der Aufhebungsantrag nicht zu beachten ist, wenn eine Verständigung mit dem Pflegebefohlenen nicht möglich ist, bestimmt § 1920 nicht. Einer solchen Bestimmung bedurfte es nicht; im § 1910 war die Ausnahmebestimmung erforderlich, weil eine Willenserklärung des Gebrechlichen für die Anordnung der Pflegschaft verlangt ist, in § 1920 war sie entbehrlich, weil die Pflegschaft bestehen bleibt, wenn kein wirksamer Antrag gestellt ist. Bei der Anwendung des § 1920 kommt es also nicht sowohl darauf an, ob eine Verständigung mit dem Gebrechlichen möglich ist, als darauf, ob dem von ihm erklärten Willen, es möge die Pflegschaft aufgehoben werden, rechtliche Bedeutung zukommt. Ist die Willenserklärung nach § 105 Abs. 1 oder 2 nichtig, so kann sie keine Beachtung finden. Die Einwendungen, die gegen diese Auffassung in den Beschlüssen des Kammergerichts vom 26. September 1904 und 15. Februar 1906 (RJA. Bd. 4 S. 196 und Bd. 7 S. 81) erhoben werden, sind nicht zutreffend. Allerdings bedarf es, wenn der Pflegebefohlene die Aufhebung der Pflegschaft beantragt, keines Nachweises, daß die Sachlage sich verändert habe und der Pflegebefohlene seine Angelegenheit selbst wieder besorgen kann, allein die Prüfung ist erforderlich, ob die Willenserklärung des Pflegebefohlenen rechtlich wirksam ist. In dieser Hinsicht (§ 1920) kommt es nicht darauf an, ob dem Pflegebefohlenen die Aeußerung eines verständlichen Verlangens möglich ist, und ob der Pflegebefohlene seinen Antrag auf Aufhebung der Pflegschaft in einer Weise zum Ausdruck bringt, sein Verständnis für dessen Inhalt und seinen Willen, die Pflegschaft solle aufgehoben werden, erkennen läßt, sondern darauf, ob nach den allgemeinen Bestimmungen des BGB. der Willenserklärung Wirksamkeit beizumessen ist. Wie es sich mit den Bestimmungen der StPO. (§ 203) verhält, kann dahin gestellt bleiben; daß in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten die Prozeßunfähigkeit einer Partei auch nach früherem Rechte nicht von der Entmündigung abhängig war, ergibt sich aus den Entsch. des RG. in ZS. Bd. 16 S. 235, Bd. 30 S. 185. Die Bestimmung des § 664 ZPO., wonach der Entmündigte zur Anfechtung des Entmündigungsbeschlusses befugt ist, ist eine Ausnahmebestimmung. Die Vorschriften über das Entmündigungsverfahren lassen sich nicht auf die Pflegschaft übertragen. Das LG. hat hiernach in der von dem Bayer. ObLG. bezeichneten Richtung das Gesetz nicht verletzt. (Beschluß des IV. ZS. vom 21. Februar 1907, 51/07). W.

846

C. Zivilsachen.

Werklieferungs- oder Kaufvertrag bei einem Vertrag über Lieferung eines Motors? Verjährung des Wandelungsanspruchs beim Vertrage über Lieferung einer nicht vertretbaren Sache. Der Kläger bestellte bei der Beklagten einen Motorwagen für 5100 Mk., lieferbar Mitte März 1902. Der Wagen wurde im April 1902 geliefert. Der Kläger rügte wiederholt Mängel des Wagens, die von der Beklagten ausgebessert wurden; schließlich stellte er ihn zur Verfügung und erhob am 13. November 1902 die Wandelungsklage auf Rücknahme des Wagens und Erstattung des gezahlten Kaufpreises. Das LG. hat die Beklagte der Klage gemäß verurteilt; Berufung und Revision wurden zurückgewiesen.

Aus den Gründen des Revisionsurteils: Die Beklagte greift das Berufungsurteil wegen Zurückweisung der Verjährungseinrede an, die sie in II. Instanz der Wandelungsklage entgegengehalten hat. Das Berufungsgericht hat seine Entscheidung damit begründet: Der Vertrag sei ein Werklieferungsvertrag im Sinne des § 651 BGB., die Beklagte sei verpflichtet gewesen, aus einem von ihr zu beschaffenden Stoffe eine nicht vertretbare Sache herzustellen und dem Kläger zu übereignen. Der bestellte Wagen erscheine dem individuellen Bedürfnisse des klägerischen Betriebes und den besonderen Wünschen des Klägers sowie einer bestimmten wechselnden Leistungsfähigkeit angepaßt und solle daher als ein eigenartig be-

---

[1]) Vgl. diese Zeitschrift 1. Jahrgang S. 305.

[2]) Vgl. diese Zeitschrift 2. Jahrgang S. 340.

[3]) Vgl. auch die Entscheidung des ObLG. auf S. 151/2 dieses Jahrgangs der Zeitschrift.

schaffenes Kraftfahrzeug unter den Begriff der nicht vertretbaren Sache. Für die Verjährung der Wandelungsklage gelte daher nicht der § 471 Abs. 1, sondern die §§ 638, 639 BGB. Hieran sei durch den § 381 Abs. 1 HGB. nichts geändert; die sechsmonatige Verjährungsfrist beginne demnach mit der Abnahme. Abgenommen sei der Wagen erst nach dem 13. Mai 1902; nehme man aber mit der Beklagten auch als Tag der Abnahme den 19. April 1002 an, so sei die Klage nicht verjährt, weil sich der Wagen danach wiederholt und viele Wochen bei der Beklagten zur Ausbesserung befunden habe (§ 639 Abs. 2). Das Berufungsgericht hat mit Recht die §§ 638, 639 BGB. angewendet. Unbedenklich ist die Annahme, daß es sich bei dem Motorwagen um eine nicht vertretbare Sache handelt. (Wird ausgeführt.) Die Beklagte stützt ihre Auffassung, daß Kauf vorliege, auf das Vorbringen des Klägers, der in der Klageschrift vom „Kauf" und „Kaufpreis" spricht, und meint, man könne den Vertrag nicht dem beiderseitigen Vertragswillen entgegen als Werklieferungsvertrag betrachten. Das Berufungsurteil bemerkt zu dieser Frage, es sei rechtlich bedeutungslos, daß in der Klageschrift von dem „Kauf" des Wagens die Rede sei: die Frage, welchen Rechtsregeln das Geschäft unterworfen ist, sei von dieser Bezeichnung unabhängig. Diese Bemerkung beseitigt allerdings nicht den Revisionsangriff, der offenbar geltend machen will, das Geschäft sei von den Parteien nicht nur als Kauf bezeichnet, sondern als solcher seinem Inhalte nach gewollt. Dafür bietet aber der Tatbestand keinen Anhalt. Es kann zugegeben werden, daß auch die Veräußerung oder Anschaffung einer vom Veräußerer erst herzustellenden nicht vertretbaren Sache Kauf sein kann. Ob Kauf oder Werklieferungsvertrag vorliegt, ergibt die Vergleichung der §§ 433 und 651 BGB. Der **Verkäufer** ist verpflichtet, dem Käufer die Sache zu übergeben und ihm das Eigentum an der Sache zu verschaffen. Der Unternehmer einer Werklieferung ist außerdem verpflichtet, **das Werk herzustellen**. Nur wenn die Herstellung des Werkes nicht Vertragspflicht des Veräußerers ist, liegt Kauf vor. **Ist die herzustellende Sache vertretbar, so finden, obgleich der Vertrag seinem Wesen nach kein reiner Kauf ist,** doch nur die Vorschriften über den Kauf Anwendung. Ist sie aber **nicht vertretbar**, so ist der Vertrag **teils nach den Vorschriften über den Kauf, teils nach** denen **über den Werkvertrag** zu behandeln. Was hier in Sonderheit die Verjährung des Wandelungsanspruchs betrifft, so schließt § 651 die Anwendung der §§ 477—479 BGB. aus und setzt an deren Stelle die Vorschriften über den Werkvertrag in den §§ 638, 639. Der § 639 Abs. 1 verweist wiederum auf die §§ 477 Abs. 2, 3, 478, 479, die Anwendung des § 477 Abs. 1 dagegen bleibt ausgeschlossen. Die Verjährung beginnt demnach mit der Abnahme. Dafür, daß nach dem Vertrage die Herstellung des Wagens nicht Vertragspflicht für sie sein sollte, hat die Beklagte nichts Sachdienliches beigebracht. Dem Berufungsgerichte ist ferner darin beizutreten, daß die Anwendung der Kaufnormen auch nicht aus § 381 Abs. 2 HGB. hergeleitet werden kann. **§ 381 Abs. 2 schreibt**, wenn die Werklieferung Handelsgeschäft ist, **nur die Anwendung der im 2. Abschnitt des 3. Buches des HGB. für den Warenkauf getroffenen Vorschriften vor, nicht auch die Anwendung der Kaufnormen des BGB.** Der bezeichnete Abschnitt des HGB. enthält keine Vorschrift über die Verjährung des Wandelungsanspruchs. Es fragt sich noch, ob die Verjährungsfrist nach den §§ 638, 639 BGB. abgelaufen war. Dies ist zu verneinen, weil die Summe der Reparaturperioden ausreicht, um die Frist bis über den 13. November zu erstrecken, auch wenn die Abnahme auf den 19. April 1902 verlegt werden sollte. Wenn die Revision den § 639 ausschließen will, weil der Kläger selbst in der Klageschrift erklärte, der Wagen sei auf seine Bemängelung im April 1902 „fertiggestellt" worden, so ist dies verfehlt; denn der Wagen war im April 1902 allerdings „fertig" aber weder damals noch später mängelfrei (Urt. des VII. ZS. vom 21. Dezember 1906).

801 L......r.

D. Strafsachen.

I.

Erfordernisse der Rechtsgültigkeit bayerischer distriktspolizeilicher Vorschriften.[1]) (Art. 11 Abs. 1 PStGB.; § 3 der Bek. des Staatsm. des Innern v. 28. Mai 1862 [Reg.-Bl. S. 925]; Entschl. dieses Ministeriums v. 27. Dezember 1901 [Amtsblatt 1902, S. 3]).

Aus den Gründen: Irrig ist die Meinung der Revision, daß zur Gültigkeit der distriktspolizeilichen Vorschrift vom . . . . die Bekanntmachung im Distriktsamtsblatt genügt habe. Nach Wortlaut und Sinn der MB. v. 28. Mai 1862 wird zur Gültigkeit einer distriktspolizeil. Vorschrift in allen Fällen, auch wenn eine Bekanntmachung in einem Distriktsamtsblatte erfolgt, eine besondere Verkündung in den einzelnen Ortspolizeibezirken erfordert und der Inhalt der ME. v. 27. Dezember 1901 stimmt damit überein. Das Urteil vom 19. September 1898 (E. Bd. 31 S. 254, 258) steht nicht entgegen; denn dort handelte es sich um die Frage, ob die Anordnung unwirksam sei, weil sie nicht im **Kreis**amtsblatte verkündet worden war. Dies erklärte der Senat, da es sich nicht um eine oberpolizeiliche Vorschrift handle, für nicht erforderlich, vielmehr die Bekanntmachung im Distriktsamtsblatte für genügend, während die örtliche Verkündung überhaupt nicht in Frage gestellt war. (Urt. d. I. StS. v. 21. Februar 1907, D 1137/06). B.

837

II.

1. Darf der Vorsitzende den Angeklagten zur Angabe der Wahrheit ermahnen? (§§ 136, 242 StPO.).

2. Körperliche Mitwirkung des Angeklagten zur Beweisaufnahme? (§ 86 StPO.). Aus den Gründen: 1. Eine Verletzung des § 136 StPO. erblickt der Verteidiger darin, daß der Vorsitzende den Angeklagten zu Beginn der Vernehmung auf die Angabe, er habe die Tat nicht begangen, mit erhobener Stimme gefragt habe: „Foltert Sie nicht Ihr Gewissen? Martert es Sie nicht, daß Sie reuvoll gestehen? Hat sich das Gewissen bei Ihnen noch nicht geregt?" Allerdings bestimmt der in § 242 Abs. 3 StPO. angezogene § 136 StPO., dem Angeklagten sei bei Beginn seines Verhörs die Richtung der Anklage zu eröffnen, die Frage, ob er etwas auf die Beschuldigung erwidern wolle, vorzulegen und Gelegenheit zur Verteidigung zu gewähren. Im übrigen aber sind der Ausübung des Fragerechts durch den Vorsitzenden keine Schranken gezogen und es hängt von seinem pflichtmäßigen Ermessen ab, welche besonderen Fragen er außer den vorgeschriebenen an den Angeklagten richten will, um den Verhandlungsstoff tunlichst aufzuklären. Mit der angeblichen Ansprache an den Angeklagten hat sich der Vorsitzende innerhalb der Grenzen pflichtmäßigen Ermessens gehalten. Nicht anzuerkennen ist, daß „schon eine Ermahnung zur Angabe der Wahrheit unzulässig sei", noch weniger aber, daß durch die Ansprache „von vorneherein" der Angeklagte „als Leugner charakterisiert" und „seine Verteidigung in eine gewisse ungünstige Perspektive gerückt", unter Umständen also der Spruch der Geschworenen zu seinem Nachteil beeinflußt worden sei. Die Geschworenen sind in der Beurteilung des Ergebnisses der Verhandlung unabhängig, und nichts

[1]) S. dazu Riedel-v. Sutner, Polizeistrafgesetzbuch, 6. Aufl. Anm. 6 zu Art. 11 S. 62.



hindert sie, aus der Einlassung des Angeklagten auf unpassende Fragen oder Vorhalte die richtigen Schlüsse auf seine Schuld oder Nichtschuld zu ziehen.

2. Nach dem Sitzungsprotokolle hat während der Vernehmung eines Sachverständigen und unter dessen Anleitung zuerst der Zeuge F. seine linke und seine rechte Hand, dann der Angeklagte selbst eine Hand in ein mit Sand gefülltes Kistchen eingedrückt. Der Verteidiger meint, der Angeklagte hätte belehrt werden sollen, daß er nicht zu einer solchen Mitwirkung verpflichtet sei. Das ist irrig. Nirgends, auch nicht in § 86 StPO. findet sich eine ausdrückliche oder durch Auslegung nachweisbare Bestimmung, nach der ein Angeschuldigter vor seiner körperlichen Mitwirkung im Beweisaufnahmeverfahren auf die Möglichkeit ihrer Verweigerung aufmerksam zu machen wäre. (Urt. d. I. StS. v. 22. Dezbr. 1906, D 1366/06). B.

838

III.

Förmliche Erfordernisse der Revisionsanträge. (§ 385 Abs. 2 StPO.). Aus den Gründen: Die Revisionsbegründung ist zunächst unter dem Datum „A. den"…. vom Angeklagten unterzeichnet und erst dann findet sich das Datum „C. den" …. und daran anschließend „Dr. B…. Rechtsanwalt", alles von der Hand des Schreibers der Eingabe geschrieben bis auf den Namenszug des Rechtsanwalts Dr. B. In dem Schriftstücke selbst heißt es: „ich stütze die Revision …., ich beantrage …. meine Freisprechung", sodaß das Schriftstück inhaltlich eine Revisionsschrift des Angeklagten selbst und nicht eine solche des Anwalts ist. Daher ist dem § 385 Abs. 2 StPO. nicht genügt. Die Vorschrift, daß das die Revisionsbegründung enthaltende Schriftstück von dem Verteidiger oder einem Rechtsanwalt unterzeichnet sein muß, soll die Gewähr dafür bieten, daß der Verteidiger oder der Rechtsanwalt die Schrift verfaßt oder doch bei deren Abfassung wesentlich mitgewirkt habe. Diese Ueberzeugung hat das Revisionsgericht nach der Form des Schriftstücks, den Eingangsworten und der Art der Unterzeichnung nicht gewinnen können, vielmehr ist anzunehmen, daß das Schriftstück in der „Auskunftei und dem Handels- und Rechtsbureau des Angeklagten zu A." verfaßt und dem Rechtsanwalte zur Unterzeichnung vorgelegt ist. Die Revisionsbegründung ist hiernach nicht formgerecht. (Urt. d. I. StS. v. 7. Januar 1907, D 592/06). B.

839

Oberstes Landesgericht.

Zivilsachen.

I.

Pflichten des Vaters hinsichtlich der Verwaltung des Vermögens seiner Kinder. Entziehung der elterlichen Gewalt und der Nutznießung des Kindervermögens. (BGB. §§ 1666, 1670, 1654). Der Schuhmacher Bruno D. in H. hat seine 4 erstehelichen Kinder Kreszenz, Margarete, Katharina, Johann, sämtlich noch minderjährig, bei Eingehung der 1897 geschlossenen 2. Ehe nach den Bestimmungen der Fränk. LGO. vereinkindschaftet. Die Kinder haben ein in Grundstücken bestehendes Sondergut, einige ihrer Grundstücke sind mit einer mit 5% zu verzinsenden Hypothek zu 200 Mk. belastet. Für Katharina und Johann ist ein kleiner Voraus bestimmt, der durch Hypotheken an Grundstücken des Vaters gesichert ist. Kreszenz und Margarete haben ein weiteres Grundstück, für das sie den Preis von 220 Mk. noch schulden. Das Wohnhaus des Vaters in H. und der größte Teil seines Grundbesitzes wurde 1901 zwangsweise versteigert. Seitdem wohnt er im Armenhaus in H. Seine 2. Frau hat sich 1897 von ihm getrennt. Kreszenz ist 1904 auswärts in Dienst getreten, Katharina wurde in einer Familie in H. untergebracht, die anderen Kinder blieben bei dem Vater. Auf Anregung des Gemeindewaisenrats von H. hat das Amtsgericht am 20. Oktober 1906 dem Bruno D. Recht und Pflicht, für die Person und das Vermögen der Kinder zu sorgen, sowie die Nutznießung am Vermögen der Kinder entzogen. Seine Beschwerde wurde zurückgewiesen. In den Gründen wird ausgeführt: Die Ermittelungen hätten ergeben, daß Bruno D. sich um Kreszenz und Katharina überhaupt nicht gekümmert, daß er Margarete und Johann fortgesetzt ohne Grund roh mißhandelt und gröblich vernachlässigt habe, indem er sie nicht genügend ernährt und gekleidet habe. Er sei arbeitsscheu, dem Trunke ergeben und vernachlässige sein Handwerk und seinen Feldbau. Daher sei ihm die Sorge für die Person seiner Kinder zu entziehen. Die Verletzung der Unterhaltspflicht sei genügender Grund, ihm auch die Verwaltung und Nutznießung des Vermögens zu entziehen. Er gefährde durch seine Mißwirtschaft auch das Vermögen der Kinder, er lasse es an ordentlicher Bebauung ihres Grundbesitzes fehlen und habe aus den Erträgnissen nicht einmal die Zinsen der Hypothekenschuld berichtigt und auch nicht einen Teil der Kapitalsschuld abgetragen. Auf die weitere Beschwerde des Bruno D., welche u. a. mit Verletzung des § 1666 Abs. 2 BGB. begründet wurde, wurden die Entscheidungen der Vorinstanzen insoweit aufgehoben, als sie sich auf die Sorge für die Person und das Vermögen von Kreszenz und Katharina D. beziehen, und im übrigen die weitere Beschwerde zurückgewiesen.

Aus den Gründen: Das Beschwerdegericht hat einwandfrei festgestellt, daß Bruno D. das körperliche und geistige Wohl von Margarete und Johann durch Vernachlässigung, Mißbrauch des Züchtigungsrechtes und Verletzung des Rechtes der Kinder auf Unterhalt gefährdet hat und aus diesem Verhalten geschlossen, daß, wenn das Verfahren ohne Anordnung einer durchgreifenden Maßregel endigte, die Fortsetzung dieser Behandlung der Kinder zu besorgen sein würde. Diese Feststellungen rechtfertigen nach § 1666 BGB. sowohl die Entziehung des Rechtes der Sorge für die Person der Kinder als die Entziehung der Verwaltung und Nutznießung ihres Vermögens. In Ansehung der nicht mehr bei dem Vater lebenden Töchter Kreszenz und Katharina fehlt es an Feststellungen, die die angeordneten Maßregeln begründen könnten. Der Umstand, daß der Vater sich um sie „überhaupt nicht gekümmert hat", genügt nicht zu einem Einschreiten nach § 1666 BGB.; eine auf das pflichtwidrige Verhalten des Vaters zurückzuführende Gefährdung ist nicht festgestellt, ein Anhalt dafür, daß die Töchter der väterlichen Fürsorge bedürfen, liegt nicht vor. Aus der Lebensweise des Vaters, seinem Mangel an Fleiß und seiner schlechten Wirtschaftsführung kann allerdings eine Gefährdung des Vermögens der Kinder entnommen werden. Das LG. irrt aber darin, daß es dem Vater vorwirft, daß er die Kapitalsschuld der Kinder nicht wenigstens teilweise abgetragen hat, wozu er nach § 1654 BGB. nicht verpflichtet war; es übersieht, daß die Verletzung der mit der Vermögensverwaltung und der Nutznießung verbundenen Pflichten des Vaters nach § 1670 BGB. die Entziehung der Nutznießung überhaupt nicht begründen kann und auch nicht die sofortige Entziehung der Vermögensverwaltung rechtfertigt, sondern zunächst nur Anlaß zu dem Versuche gibt, den Vater nach §§ 1667, 1668 BGB. zur Erfüllung seiner Pflichten anzuhalten. Das Gemeinschaftsverhältnis, in dem die beiden Töchter in Ansehung ihres Grundbesitzes mit den anderen Kindern stehen, ist kein Grund, die für das Vermögen der anderen Kinder mit Recht angeordnete Maßregel auf ihr Vermögen zu erstrecken. Auf die Verwaltung der gemeinschaftlichen Grundstücke werden die §§ 744, 745 BGB. Anwendung finden. (Beschl. v. 18. Jan. 1907, Reg. III. 4/1907). W.

803

II.

BGB. § 1846. Verweigert das Vormundschaftsgericht dem Vormunde, der den Mündel in Verpflegung hat, die beanspruchte Erhöhung der vereinbarten Vergütung für die Verpflegung, so ist der Streit im Rechtsweg auszutragen. Das am 25. Oktober 1901 zu N. geborene uneheliche Kind Betty der Kellnerin M. R. von A. befindet sich seit 25. August 1903 bei dem zum Vormunde bestellten mütterlichen Großvater J. R. in A. Am 5. Januar 1905 kam zwischen J. R. und dem Vormundschaftsgerichte, das gemäß § 1846 BGB. in Vertretung des Kindes handelte, eine Vereinbarung zustande, durch welche die dem J. R. für Erziehung und Verpflegung des Kindes zu gewährende Vergütung vom 1. Januar 1906 ab auf 100 Mk. jährlich festgesetzt wurde. Wegen der Teuerung der Lebensmittel beantragte J. R. bald nachher die Vergütung auf jährlich 150 Mk. zu erhöhen. Die Zustimmung zu dem Gegenvorschlage, den Mündel in der Rettungsanstalt A. unterzubringen, verweigerte er. Deshalb eröffnete ihm das Vormundschaftsgericht am 3. Dezember 1906, daß er unter keinen Umständen für die Verpflegung des Kindes mehr als 100 Mk. jährlich erhalte. Seine Beschwerde wurde unter Berufung auf die fortdauernde Wirksamkeit der Vereinbarung vom 5. Januar 1905 zurückgewiesen. J. R. hat weitere Beschwerde eingelegt und u. a. damit begründet, daß die dauernde Erhöhung der Vergütung ohne Prüfung des dargelegten Bedürfnisses deswegen verweigert worden sei, weil er der Unterbringung des Kindes in der Rettungsanstalt nicht zugestimmt habe und daß deshalb das ihm als Vormund zustehende Erziehungsrecht verletzt sei. Die weitere Beschwerde wurde zurückgewiesen.

Gründe: Der Beschwerdeführer ist insoweit zu der weiteren Beschwerde berechtigt, als diese sich gegen eine Beeinträchtigung seines Erziehungsrechts richtet. Eine solche liegt aber nicht vor, die Vorinstanzen haben nur die von dem Beschwerdeführer gewünschte neue Vereinbarung über die Vergütung abgelehnt. Ein Anspruch auf Eingehung dieser Vereinbarung ist aus dem Erziehungsrechte nicht herzuleiten; der ablehnende Bescheid enthält deshalb nicht einen Eingriff in dieses Recht, sondern schmälert nur den Wert, den es für die persönlichen Interessen des Beschwerdeführers haben mag. Es handelt sich auch nicht um die die Sorge für die Person des Kindes betreffende Frage, welche Aufwendungen für Unterhalt und Erziehung des Kindes zu machen sind, sondern nur um die ein vermögensrechtliches Verhältnis zwischen dem Beschwerdeführer und dem Kinde betreffende Frage, ob der Beschwerdeführer vermöge der Vereinbarung vom 5. Januar 1905 verpflichtet ist, die erforderlichen Aufwendungen gegen die festgesetzte Vergütung von 100 Mk. jährlich aus seinem Vermögen zu bestreiten. Bei dieser Frage steht der Beschwerdeführer dem Vormundschaftsgerichte nicht als Vormund sondern als Dritter gegenüber. Die Stellungnahme des Vormundschaftsgerichts ist eine innere Angelegenheit der Vormundschaft, dem Dritten, dessen Interesse das Vormundschaftsgericht entgegentritt, steht das Beschwerderecht, wenn das Vormundschaftsgericht nach § 1846 BGB. selbst für den Mündel handelt, statt gemäß § 1909 BGB. einen Pfleger zu bestellen, ebensowenig zu, wie wenn es nach Bestellung eines Pflegers die dem Interesse des Dritten ungünstige Stellungnahme des Pflegers billigt oder veranlaßt. Bestreitet der Dritte seine Verpflichtung, so ist die Ansicht des Vormundschaftsgerichts für die Entscheidung des Streites nicht maßgebend. Das Vormundschaftsgericht kann den Dritten, auch wenn er zugleich Vormund ist, nicht durch Ordnungsstrafen zur Erfüllung der streitigen Verpflichtung anhalten, der Streit kann nur im Rechtswege ausgetragen werden, wozu dem Mündel gegebenenfalls ein Pfleger zu bestellen ist. Hier ist daher der Beschwerdeführer, wenn er an die Vereinbarung nicht mehr gebunden zu sein glaubt, nicht gehindert, einen Anspruch auf Ersatz höherer Aufwendungen im Rechtswege geltend zu machen. Die weitere Beschwerde muß aber als unbegründet zurückgewiesen werden. (Beschl. v. 8. Februar 1907, Reg. III Nr. 10/1907). W.

834

III.

Gemeinschaftliches Testament von Ehegatten. Gegenseitige Erbeinsetzung und gemeinsame Verfügungen der Erblasser über das zur Zeit des Todes des überlebenden Ehegatten vorhandene Vermögen. Korrespektivität und ihre Wirkungen. Unter welchen Voraussetzungen sind in einem solchen Falle Schenkungen des überlebenden Ehegatten den Erben des zuerst gestorbenen Ehegatten gegenüber unwirksam? (Bayer. LR., GemR; BGB. §§ 2270, 2271, 2286, 2287). Die kinderlosen Ehegatten M. und A. W. in M. errichteten am 11. Mai 1882 ein Testament, in dem sie mit den Eingangsworten, „Wir verfügen als unseren letzten Willen, was folgt" erklärten, daß ihre gegenseitige Beerbung nach dem Münchener Stadtrechte zu erfolgen habe, sodann für den Fall des Vorablebens des Mannes seine Schwester Therese B., seine Nichten A. W. und Cr. B., beide in M., mit Vermächtnissen bedachten und seine im Zeitpunkte seines Todes vorhandenen gesetzlichen Erben auf die Hälfte „des seinerzeit von der Witwe hinterlassenen Vermögens zur Erbschaft" beriefen. M. W. starb am 30. März 1891. Sein Nachlaß wurde nach Entrichtung der Vermächtnisse der Witwe als „ausschließlicher Erbin" ausgeantwortet. Die Witwe A. W. errichtete am 15. September 1892 ein Testament, in dem sie auf die eine Hälfte „des dereinst von ihr hinterlassenen Vermögens" die zur Zeit des Todes ihres Mannes vorhanden gewesenen gesetzlichen Erben des Mannes, nämlich die Schwestern und die beiden Nichten, von denen A. W. sich inzwischen mit G. St. in M. verehelicht hatte, zu gleichen Teilen, auf die andere Hälfte ihren Neffen, den Arzt Dr. H. in M., als Erben einsetzte. Am 24. März 1900 schenkte sie ihrem Neffen, mit dem sie in häuslicher Gemeinschaft lebte, durch notariellen Vertrag 40000 Mk. in Wertpapieren. A. W. starb am 1. Mai 1904. Ihre Erben wurden zur einen Hälfte des Nachlasses, da Th. B. ohne Hinterlassung von Abkömmlingen vor ihr verstorben war, A. St. und Cr. B., zur anderen Hälfte Dr. H. Dieser bezeichnete als Nachlaß ihr offenes Depot bei einer Bank und eine Hypothekforderung von 5000 Mk. und veranschlagte den Wert des Nachlasses auf 183000 Mk. In Ansehung der angegebenen Bestandteile des Nachlasses ist die Teilung durchgeführt. Von dem übrigen Vermögen der Erblasserin erhielten A. St. und Cr. B. keinen Anteil. Der Ehemann der A. St. und Cr. B. erhoben Klage gegen Dr. H. mit dem Antrage, den Beklagten schuldig zu erklären, 44000 Mk. nebst 4% Zinsen vom 1. Mai 1904 an zu zahlen und die Hälfte der beweglichen Habe der A. W. herauszugeben oder ihren Wert zu ersetzen, ferner über den Verbleib der Nachlaßgegenstände und über die ihm von A. W. unter Lebenden gemachten Zuwendungen Auskunft zu erteilen und den Offenbarungseid zu leisten, nach dessen Leistung aber den Klägern die Hälfte des ermittelten weiteren Nachlasses herauszugeben. Durch Teilurteil hat das LG. den Beklagten schuldig erklärt, an die Kläger 20000 Mk. nebst Zinsen seit 1. Mai 1904 zu zahlen. Die Berufung des Beklagten wurde zurückgewiesen; auch seine Revision hatte nicht Erfolg.

Aus den Gründen: Nach Art. 214 des EG. z. BGB. wird die vor dem Inkrafttreten des BGB. erfolgte Errichtung einer Verfügung von Todeswegen nach den bisherigen Gesetzen beurteilt, auch wenn der Erblasser nach dem Inkrafttreten des BGB. stirbt, und gilt das Gleiche für die Bindung des Erblassers bei einem vor dem Inkrafttreten des BGB. errichteten gemeinschaftlichen Testamente. Hier sind also insoweit

die Vorschriften des Bayer. LR. und des gemeinen Rechtes maßgebend. Das Bayer. LR. gestattet in T. III K. 4 § 11 Nr. 5 ebenso wie das BGB. im § 2269 den Ehegatten, über das beiderseitige Vermögen, das sich infolge der Beerbung des einen durch den anderen in der Hand des Ueberlebenden vereinigt, mit gesamter Hand „gleichsam aus einem Mund und Willen" letztwillig zu verfügen. Der Nachlaß des zuerst Versterbenden und das eigene Vermögen des Ueberlebenden werden „zusammengeworfen"; den Gegenstand der gemeinsamen Verfügung bildet der Nachlaß des zuletzt Versterbenden, in den der des zuerst Versterbenden übergegangen ist. Statt für den Fall des Todes des ihn beerbenden anderen Teiles weitere Verfügung über den eigenen Nachlaß zu treffen, verfügt der eine Teil gemeinsam mit dem anderen über dessen dereinstigen Nachlaß. Von der Zuwendung, die dem überlebenden Teile gemacht wird, und der gemeinsamen Verfügung, die zugunsten einer dem anderen Teile nahestehenden Person getroffen wird, ist nach LR. T. III K. 4 § 11 Nr. 3 bis 5 ebenso wie nach § 2270 BGB. im Zweifel anzunehmen, daß sie in dem Sinne zusammengehören, daß die Nichtigkeit und der im LR. zugelassene Widerruf der einen Verfügung die Unwirksamkeit der anderen zur Folge hat. Aus der Zusammengehörigkeit der Verfügungen ist im gemeinen Rechte der auch in § 2271 BGB. übergegangene Rechtssatz entwickelt worden, daß das Widerrufsrecht des überlebenden Teiles in Ansehung der im Interesse des zuerst verstorbenen Teiles getroffenen Verfügung erlischt, wenn er das ihm von dem zuerst verstorbenen Teile Zugewendete annimmt; er ist dann an die mit der angenommenen Zuwendung zusammengehörige Verfügung ebenso gebunden wie an eine durch Erbvertrag getroffene Verfügung. Dieser Rechtssatz wird in den Anm. zu T. III K. 4 §§ 10, 11 Nr. 9 lit. c des Bayer. LR. insofern vorausgesetzt, als dort dem überlebenden Teile nur gestattet wird, „von dem gemeinen (d. h. dem durch das Testament zusammengeworfenen) Gut, soviel seinen Anteil betrifft," anderweit zu verfügen, sein Widerruf aber im übrigen „weiter nichts mehr alteriert," sich also auf den Anteil, der den mit Rücksicht auf den zuerst verstorbenen Teil Bedachten zugewendet ist, nicht erstreckt. Die Auslegung, die das Berufungsgericht dem Testamente vom 11. Mai 1882 gegeben hat, ist zutreffend. Die gemeinsame Verfügung zugunsten der Verwandten des Mannes hatte ihren Grund in der Beerbung des Mannes durch die Frau, die Frau hat zu ihr als dereinstige Erbin des Mannes mitgewirkt, ohne eine entsprechende gemeinsame Verfügung zugunsten ihrer Verwandten für erforderlich zu erachten. Die Bestimmung über die Beerbung des Mannes durch die Frau und die Einsetzung der Verwandten des Mannes als Erben auf die Hälfte ihres Nachlasses sind daher zusammengehörige Verfügungen im Sinne des Bayer. LR. T. III K. 4 § 11 Nr. 3 bis 5. Die mit der Annahme der Erbschaft des zuerst Verstorbenen eintretende Bindung des Ueberlebenden an die gemeinsame Verfügung beläßt dem Ueberlebenden im allgemeinen die Befugnis, über sein Vermögen, zu dem nun auch der Nachlaß des verstorbenen Teiles gehört, unter Lebenden frei zu verfügen. Er muß eine Verfügung nicht deshalb unterlassen, weil sie dem Erben einen Vorteil entziehen wird. Er handelt aber dem Sinne der gemeinsamen Verfügung zuwider, wenn er Rechtsgeschäfte vornimmt, um das Recht des Erben zu vereiteln, er darf insbesondere nicht Schenkungen machen, um eine andere Verteilung seines Vermögens herbeizuführen (ältere Samml. v. Entsch. des ObLG. 14, 559, RG. 41, 168). Den Beweisantrag für die Behauptung, M. W. habe bei der Vorbereitung der Testamentserrichtung sich dahin geäußert, daß seine Frau als überlebender Teil über das ganze Vermögen frei solle verfügen dürfen, konnte das Berufungsgericht für belanglos erklären, weil aus der behaupteten Aeußerung nicht zu entnehmen sein würde, daß A. W. befugt sein sollte, den Anteil an ihrem dereinstigen Nachlasse, den ihr Mann durch die gemeinsame letztwillige Verfügung seinen Verwandten sichern wollte, durch Schenkungen nach Belieben zu verringern. Das Berufungsgericht hat einwandfrei festgestellt, daß bei der Schenkung vom 24. März 1900 A. W. und der Beklagte den Zweck verfolgt haben, A. St. und Cr. B. als Teilerbinnen zugunsten des Beklagten zu verkürzen, und ihre angebliche Meinung, A. W. sei auch dazu befugt, mit Recht für gleichgültig erachtet. (Urt. vom 21. September 1906 [1. ZS.] Reg. I Nr. 93/06). K.

769

IV.

Erstattung von Gebühren der Rechtsanwälte in Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit. Festsetzung des Wertes des Gegenstandes der Angelegenheit zum Zwecke der Bestimmung der Höhe der Gebühren? (AG. z. BGB. Art. 133; GebO. f. RA. vom 26. März 1902). In der Nachlaßsache des A. M. in R. hat das Amtsgericht als Nachlaßgericht am 15. Dezember 1904 der Mutter des Verstorbenen P. M. und dessen Schwester G. S. auf Antrag einen gemeinschaftlichen Erbschein des Inhalts erteilt, daß A. M. auf Grund Erbvertrags von ihnen je zur Hälfte beerbt worden sei. Als Bevollmächtigter der Witwe beantragte Rechtsanwalt K. die Einziehung des Erbscheins, weil der überlebende Ehegatte in dem Vertrage neben der Zuwendung des Vermächtnisses der Verwaltung und Nutznießung des Nachlasses auf den Pflichtteil als Erbe eingesetzt sei. Ueber den Antrag wurden P. M. und der Bevollmächtigte der G. S., Rechtsanwalt Dr. K., gehört. Dem Antrag gemäß wies das Nachlaßgericht den Antrag der Witwe unter Belastung der Antragstellerin mit den Kosten ab. Auf Antrag des Rechtsanwalts K. hat das Nachlaßgericht später den „Wert des Streitgegenstandes" auf 21 700 Mk. (¹/₄ des reinen Wertes des Nachlasses) festgesetzt. Die B. M. legte Beschwerde ein. Sie beantragte, den Wert des „Streitgegenstandes" auf 2000 Mk. festzusetzen, weil nicht der Betrag des Pflichtteils sondern das Interesse der Witwe an der Beseitigung des nach ihrer Ansicht unrichtigen Erbscheins maßgebend sei. Die Beschwerde wurde zurückgewiesen. Die weitere Beschwerde blieb erfolglos.

Aus den Gründen: Das GebG. in d. Fassung der Bek. vom 11. November 1899 und des Art. 10 des Ges. vom 9. August 1902, das Nachlaßwesen betr., setzt für die Fälle, in denen es sich um Einziehung oder Kraftloserklärung eines Erbscheins handelt, keine andere als die im Art. 97 bestimmte Gebühr von 1 bis 10 Mk. fest, die „für die Einziehung oder Kraftloserklärung" erhoben wird. Für die Abweisung des Antrags auf Einziehung eines Erbscheins kommt deshalb höchstens etwa diese Gebühr, auf keinen Fall aber eine nach dem Werte des Gegenstandes zu berechnende Gebühr in Frage. Für eine Wertsfestsetzung nach Art. 43 des GebG. fehlte daher die Voraussetzung und das Nachlaßgericht hat in seiner Verfügung auch nicht auf diese Vorschrift Bezug genommen. Dagegen sind die Gebühren der in dem Verfahren tätig gewordenen Rechtsanwälte, insbesondere die der G. S. zu erstattenden Gebühren des Rechtsanwalts K. nach Art. 5 bis 15 der VO. vom 26. März 1902, die Gebühren der Rechtsanwälte in den Angelegenheiten der Rechtspflege betr., nach dem Werte des Gegenstandes des Verfahrens zu berechnen. Rechtsanwalt K. bezweckte mit seinem Antrage, die Grundlage für die Berechnung der zu erstattenden Gebühren zu erlangen, und das nach Art. 133 AG. z. BGB. für die Festsetzung der Kosten zuständige Nachlaßgericht hat seinem Antrage stattgegeben. Es läßt sich deshalb annehmen, daß die Wertsfestsetzung zu dem Zwecke erfolgt ist, um als

Maßstab für die Berechnung der Anwaltsgebühren zu dienen. Das Nachlaßgericht hat bei der Festsetzung des Betrags der zu erstattenden Kosten sich über den Wert des Gegenstandes des Verfahrens schlüssig zu machen, nach dem die zu erstattenden Anwaltsgebühren zu berechnen sind. Aber daraus ergibt sich nicht die Befugnis, die Wertsfestsetzung zum Gegenstand einer selbständigen Entscheidung zu machen, die für die nachfolgende Kostenfestsetzung maßgebend ist. Eine solche besondere Wertsfestsetzung ist der VO. vom 26. März 1902 ebenso fremd wie der GebO. f. RA. Das Nachlaßgericht ist deshalb, wenn es mit der Festsetzung des Betrags der zu erstattenden Kosten befaßt wird, an die in seiner Verfügung getroffene Wertfestsetzung nicht gebunden, diese Festsetzung entbehrt jeder rechtlichen Wirkung. Infolgedessen ist die Beschwerdeführerin nicht dadurch beeinträchtigt, daß das Nachlaßgericht nicht nur die Minderung des Wertes der Erbteile unbeachtet gelassen hat, die sich aus dem der Beschwerdeführerin vermachten Rechte der lebenslänglichen Verwaltung und Nutznießung ergibt, sondern mit Unrecht von dem Werte des beanspruchten Erbteils ausgegangen ist, statt gemäß § 3 der ZPO. das Interesse zugrunde zu legen, das die Antragstellerin an der Einziehung des Erbscheins hatte und das sich wesentlich nach der Gefahr bestimmt, der sie im Falle der Unrichtigkeit des Erbscheins durch dessen öffentlichen Glauben ausgesetzt wurde. Ebenso würde es sich verhalten, wenn das Nachlaßgericht in der irrigen Meinung, daß eine nach dem Werte des Gegenstandes des Verfahrens zu berechnende Gerichtsgebühr zu erheben sei, eine Wertsfestsetzung nach Art. 43 GebG. hätte treffen wollen. Die Wertsfestsetzung wäre für die Frage, ob und welche Gerichtsgebühr zu erheben ist, ohne Bedeutung und deswegen nach § 11 der GO. f. RA., dessen Vorschrift im § 27 der Verordnung vom 26. März 1902 für entsprechend anwendbar erklärt ist, auch für die Berechnung der Gebühren der Rechtsanwälte nicht maßgebend, sie würde gegenstandslos sein. Es ist deshalb dem Beschwerdegerichte darin beizustimmen, daß die Verfügung des Nachlaßgerichts der Beschwerdeführerin keinen Grund zur Beschwerde gibt. (Beschl. vom 17. November 1906 [I. ZS.] Reg. III Nr. 76/06).

815 K.

V.

Bestimmung des zuständigen Prozeßgerichts. Erfüllungsort. Einfluß des Wechsels des Wohnsitzes des Schuldners (Zahlungspflichtigen) auf den Erfüllungsort und den Gerichtsstand? (ZPO. § 36 Nr. 3, BGB. §§ 269, 270). Auf den von G. Sch. in W. am 29. Oktober 1906 gestellten Antrag bestimmte das Oberste Landesgericht am 12. November das Amtsgericht R-t. als das für eine Klage des G. Sch. gegen den Brauer J. S. in R. und dessen Sohn desselben Namens in R. zuständige Gericht, soweit die Klage den Betrag von 264,60 Mk. betreffen würde. In der Zwischenzeit verlegten diese beiden Personen ihren Wohnsitz: der Vater nach N., der Sohn nach R-g. Da auch G. Sch. jetzt in R-g. wohnt, beantragt sein Vertreter, an Stelle des Amtsgerichts R-t. das Amtsgericht R-g. als das zuständige Gericht zu bestimmen. Der Antrag wurde zurückgewiesen.

Gründe: Nach § 29 der ZPO. ist für Klagen auf Entschädigung wegen Nichterfüllung eines Vertrags wie für Klagen auf Erfüllung eines Vertrags das Gericht des Ortes zuständig, wo die streitige Verpflichtung zu erfüllen ist. Ist die Erfüllung des Vertrags nicht mehr möglich und wird Schadensersatz wegen Nichterfüllung begehrt, so gilt als Erfüllungsort für die streitige Verpflichtung allerdings nicht der Ort, an dem die ursprünglich bedungene Leistung zu erfolgen hatte, sondern der Ort, an dem der Schadensersatz zu leisten ist. Nach § 269 Abs. 1 und § 270 Abs. 4 BGB. ist im Zweifel an dem Orte zu leisten, an dem der Schuldner zur Zeit der Entstehung des Schuldverhältnisses seinen Wohnsitz hatte, vorbehaltlich der nach § 270 im Zweifel dem Schuldner obliegenden Verpflichtung, Geld auf seine Gefahr und Kosten dem Gläubiger an dessen Wohnsitz oder gewerblicher Niederlassung zu übermitteln. Auch in diesem Falle bestimmt sich der Gerichtsstand des Schuldners nicht nach dem Bestimmungsorte des Geldes, sondern nach dem Leistungsorte. Danach und weil nach den zur Begründung des Antrags vom 29. Oktober ds. Js. angeführten sonstigen Verhältnissen nicht angenommen werden konnte, daß die Leistungen an demselben Orte zu erfolgen haben, kamen als Leistungsorte die damaligen Wohnorte der Schuldner, R. u. N., in Betracht. Die Schuldner hatten also sowohl ihren allgemeinen Gerichtsstand als den Gerichtsstand des § 29 ZPO. bei verschiedenen Gerichten, den Amtsgerichten E. und R-t. Es lagen daher alle Voraussetzungen für die Bestimmung des zuständigen Gerichts nach § 36 Nr. 3 ZPO. vor. Um für den Rechtsstreit die von dem Antragsteller gewünschte Verbindung aller seiner angeblichen Ansprüche gegen die beiden Personen in einer Klage zu ermöglichen, weil ferner der Sohn wegen der ihn allein angehenden Schuld von 10,40 Mk. nur bei dem Amtsgerichte R-t. belangt werden konnte, empfahl es sich, in Ansehung des Betrags, für den die beiden Personen als Gesamtschuldner haften sollen, das Amtsgericht R-t. als das zuständige Gericht zu bestimmen. Da nach der Begründung des neuen Antrags die Verhältnisse sich seither nur insofern geändert haben, als die Schuldner ihren Wohnsitz gewechselt haben, bleiben in Ansehung des Leistungsortes dieselben Grundsätze maßgebend. Es wird zwar die Ansicht vertreten, daß der Schuldner, der seinen Wohnsitz nach der Begründung der Schuld verlegt hat, seine Verpflichtung an seinem jetzigen Wohnsitz erfüllen darf, wenn der Gläubiger kein Interesse daran hat, daß der Schuldner an seinem ursprünglichen Wohnsitze leistet (Staudinger, Komm. z. BGB. 2. Aufl. Bd. 2 Anm. 4 zu § 269 S. 67, 68). Soll aber damit ein allgemeiner Grundsatz ausgesprochen werden, so steht er nicht in Einklang mit den Vorschriften der §§ 269, 270; in dieser Allgemeinheit wird er auch nicht allerseits anerkannt (Planck, BGB. 3. Aufl. Bd. 2 Erl. 2 Abs. 3 zu § 269). Keinesfalls ist in einem solchen Falle der ursprüngliche gesetzliche Leistungsort mit seinen sonstigen Wirkungen aufgehoben (insbesondere nicht in Ansehung des örtlichen Rechtes, nach dem sich die Verpflichtung des Schuldners bemißt), und es wird dadurch auch der Gerichtsstand des Vertrags im Sinne des § 29 nicht verschoben. Nach der Lage des einzelnen Falles wird der Schuldner seine Verpflichtung allerdings an seinem neuen Wohnort erfüllen dürfen, da nach § 226 BGB. die Ausübung eines Rechtes unzulässig ist, wenn sie nur den Zweck haben kann, einem anderen Schaden zuzufügen. Dies gilt namentlich für Zahlungen. Dadurch wird aber der neue Wohnort des Schuldners nicht Leistungsort im Sinne der §§ 269, 270 BGB. (Beschluß vom 20. Dezember 1906 [2. ZS.] Reg. IV Nr. 74/06).

819 K.

Oberlandesgericht München.

I.

Zurücknahme der Aufrechnungserklärung im Prozesse. Gegenüber einer Kaufpreisforderung des Klägers G. hat Beklagter W. mit einer ihm angeblich zustehenden Schadensersatzforderung in 1. Instanz aufgerechnet, ohne die Klageforderung zu bestreiten. Das LG. hat der Klage stattgegeben. Bezüglich der Aufrechnungseinrede führen die Gründe aus: Die Aufrechnungsforderung steht, wenn sie überhaupt begründet ist, dem Beklagten W. nicht gegen G., sondern gegen dessen

Tochter D. zu. Der Beklagte kann deshalb nicht aufrechnen (§ 387 BGB.). In der Berufungsinstanz erklärte der Beklagte und Berufungskläger W., daß die zur Aufrechnung gebrachte Forderung in diesem Prozesse nicht mehr geltend gemacht werde, die Kostenpflicht für die Berufungsinstanz erkannte er an. Der Kläger G. bezeichnete diese Erklärung als unzulässig. Beide Streitsteile erklärten, daß der Kläger für seine urteilsmäßige Forderung ganz befriedigt sei, da Beklagter sie ohne Vollstreckung aus dem erstinstanziellen Urteile bezahlt hatte. Das OLG. legte die Kosten des Berufungsverfahrens dem Beklagten auf und erklärte im übrigen den Rechtsstreit für erledigt.

Aus den Gründen: Der Widerspruch des Klägers gegen die Zurücknahme der Aufrechnung ist nicht begründet, die Aufrechnungserklärung kann wie jede andere Einrede zurückgenommen werden. Der Kläger mag ein Interesse daran haben, den Anspruch über die Unzulässigkeit der bisher versuchten Aufrechnung der Rechtskraft zuzuführen; ein solcher Zweck reicht aber über die Grenzen des Rechtsstreites hinaus, ebenso wie die Feststellung, welche Wirkungen die Zurücknahme der Aufrechnung auf den durch eine selbständige Klage geltend zu machenden Anspruch des Beklagten haben werde. Durch die Zurücknahme der Aufrechnung und die Erklärung des Klägers über seine Befriedigung ist der Rechtsstreit abgeschlossen. Die Kostenpflicht hat der Beklagte anerkannt.[1] (Urt. v. 20. Okt. 06, BerR. 168/06 II).

790 V . . . .

II.

Zu § 1300 BGB. Begriff des Schadens. Die Klägerin hat dem Beklagten als dessen unbescholtene Verlobte wiederholt die Beiwohnung gestattet. Nach Geburt eines Kindes, als dessen Vater sich der Beklagte bekannte, haben die Streitsteile den Geschlechtsverkehr fortgesetzt. Später ist der Beklagte ohne wichtigen Grund von dem Verlöbnisse zurückgetreten. Die Klägerin verlangte von ihm eine Entschädigung nach § 1300 BGB. Das LG. hat der Klage stattgegeben und hierbei insbesondere als Schaden der Klägerin infolge des Geschlechtsverkehrs das Vorhandensein deren unehelichen Kindes und die hierdurch bewirkte Erschwerung der Verheiratung erachtet. Das OLG. hat die Berufung zurückgewiesen.

Aus den Gründen: Der Einwand des Beklagten, daß er der Klägerin das Eheversprechen erst nach der Geburt des Kindes gegeben habe, ist unbehelflich. Voraussetzung des § 1300 BGB. ist, daß zur Zeit der Beiwohnung das Verlöbnis bestanden hat. Ob eine solche auch vor diesem schon stattgehabt hat, ist gleichgültig, wenn hiermit nicht die Behauptung der Bescholtenheit der Braut aufgestellt werden will. Letztere kann aber, wenn, wie hier, der Verlobte selbst sie herbeigeführt oder mitverursacht hat, der Verlobten nicht entgegen gehalten werden. (Urt. vom 23. Januar 1907, Pr.R. Nr. IV 153/06). V . . .

789

[1] Anm. des Einsenders. Nun erhob W. selbständige Klage gegen G. und D. auf Zahlung der 2000 Mk. Schadensersatzforderung; ihr wurde bezüglich des G. die Einrede der rechtskräftig entschiedenen Sache entgegengesetzt. Infolge Zurücknahme der Klage unterblieb die Entscheidung dieser Frage, welche wohl verneinend zu beantworten gewesen wäre, weil die Gründe des erstrichterlichen Urteils die Aufrechnung dem Sinne nach als unzulässig zurückgewiesen haben, das erstrichterliche Urteil aber auch infolge der hiergegen unbeschränkt eingelegten Berufung auch bezgl. der Aufrechnungsentscheidung in den Gründen nicht rechtskräftig geworden ist. (§ 322 Abs. 2 ZPO., RGZ. Bd. 56 S. 34, Bd. 52 S. 327).

Oberlandesgericht Bamberg.

Gegenbeweis gegen den Inhalt einer Privaturkunde, insbesondere bezüglich mündlicher Nebenabreden bei der gewöhnlichen und bei der Handelsbürgschaft. (§ 416 ZPO., § 766 BGB., § 350 HGB.). Die Firma X. G. m. b. H., erhielt von dem Kaufmann U. ein Darlehen. Die Darlehensurkunde enthielt den Beisatz, daß der die Gesellschaft vertretende Geschäftsführer Z. persönlich für das Darlehen selbstschuldnerische Bürgschaft leiste. Die Gesellschaft kam in Konkurs und U. erhob gegen Z. als Bürgen Klage auf Zahlung. Dieser widersprach, Bürgschaft geleistet zu haben, und bezeichnete die Urkunde als unrichtig. Das Berufungsgericht wies den Einwand zurück.

Aus den Gründen: Der Beklagte behauptet, der Inhalt der Urkunde entspreche hinsichtlich der Bürgschaft nicht dem Parteiwillen; es habe der Kläger bei der Darlehenshingabe den von ihm hergestellten Entwurf der Urkunde mitgebracht und vorgelesen; er, Beklagter, habe darauf sofort erklärt, daß er die persönliche, selbstschuldnerische Haftung nicht übernehme, womit der Kläger einverstanden gewesen sei; sodann sei, ohne daß der die Bürgschaft betreffende Satz gestrichen worden sei, die Unterzeichnung der Urkunde geschehen, die Durchstreichung in der Urkunde sei in der Eile unterlassen worden. Der Kläger beharrt darauf, daß der Bürgschaftsvertrag zustande gekommen sei.

Die Urkunde ist eine Privaturkunde (§ 416 ZPO.), die vollen Beweis dafür liefert, daß der Beklagte die darin niedergelegten Erklärungen abgegeben hat. Ein Gegenbeweis gegen diese Beweiskraft der Urkunde ist nicht denkbar; denn könnte die einfache Behauptung des Ausstellers, daß der Inhalt der Urkunde seinem Willen nicht entspreche, gehört werden, so würde dadurch der Wert der Beurkundung vernichtet. Anders verhält es sich, wenn mündliche, vor oder bei Abschluß des schriftlichen Rechts-Geschäfts getroffene Vereinbarungen behauptet werden; hier fragt es sich, ob die Schriftform für das Geschäft vorgeschrieben ist; ist dies, wie bei der gewöhnlichen Bürgschaftserklärung nach § 766 BGB., der Fall, so sind solche Nebenabreden ungültig und der Beweis hierüber ist unstatthaft. Liegt aber eine auch formal wirksame Handelsbürgschaft vor, so sind mündliche Nebenabreden gültig und der Gegenbeweis gegen den Inhalt der Urkunde ist zulässig, aber, weil die Vermutung für die Richtigkeit und Vollständigkeit der schriftlichen Fixierung spricht, nur dann, wenn glaubhaft dargelegt werden kann, daß die Abreden neben dem schriftlichen Vertrage gelten sollten, obwohl sie in die Urkunde nicht aufgenommen wurden; die bloße Behauptung und der Beweis, daß die Abreden vorher oder nebenher getroffen wurden, genügen nicht (Staub a. a. O. § 350 Anm. 50–53; RG. Bd. 52 S. 25 ff.; Seuff. A. Bd. 61 Nr. 203). Hier sind solche Nebenabreden gar nicht behauptet worden; der Beklagte bestreitet nur, die Bürgschaftserklärung abgegeben zu haben. Dies ist ein Widerspruch gegen den klaren Inhalt der Urkunde; ein Beweis hierüber ist nach § 416 ZPO. unzulässig. Es ist sonach die Willenseinigung der Parteien über die Bürgschaftsleistung erwiesen (Urt. des I. ZS. vom 27. Oktober 1906).

760 Mitgeteilt von Oberlandesgerichtsrat Schäfer in Bamberg.

Oberlandesgericht Nürnberg.

§ 313 BGB. Mündliche Nebenabrede, Heilung mangelnder Form. Die Kläger L. verkauften an den Beklagten M. ihr Anwesen unter Vorbehalt eines Waldstücks und eines Teiles des Inventars. Sie forderten auf Grund ihnen vorbehaltenen Hypothekenrechtstitels die Eintragung einer Sicherungshypothek

zugunsten des Kaufschillingsrestes. Es wurde eingewendet, die Kläger hätten sich, falls sich bei der Zertrümmerung des Anwesens für das Waldgrundstück kein besserer Käufer finden sollte, in selbständigem Vertrage mündlich zur Rücknahme des daraufstehenden schlagbaren Holzes um 12000 Mk. verpflichtet. Es wurde mit dieser Summe aufgerechnet. Das LG. gab der Klage statt. Die Berufung wurde verworfen, jedoch aus anderen als den vom Erstrichter angeführten Gründen: Gegen Art. 14 NotG. verstoßende notarielle Verträge waren nach der ständigen Rechtsprechung der bayerischen Gerichte allerdings nur bedingt nichtig, d. i. nur anfechtbar. Mit dem Inkrafttreten des BGB. ist aber für Verträge, durch die sich der eine Teil verpflichtet, das Eigentum an einem Grundstück zu übertragen, und zwar für ihren obligatorischen Teil, § 313 Satz 1 BGB. maßgebend geworden. Ein Verstoß gegen diese Bestimmung macht regelmäßig — (§ 139 BGB.) — nicht den einzelnen auf Eigentumsübertragung gerichteten Bestandteil des Vertrags, sondern den ganzen Vertrag unbedingt nichtig, d. h. alle Vereinbarungen, aus welchen sich nach dem Willen der Beteiligten der obligatorische Veräußerungsvertrag zusammensetzen soll (§ 125). Nichtig ist dann aber nicht nur der obligatorische Teil sondern auch das dingliche Geschäft, in welchem er sich verkörpert. Diese Nichtigkeit ist von Amts wegen zu prüfen und kann daher auch durch Einrede geltend gemacht werden. Der Erstrichter läßt nun für diesen Fall die Nichtigkeit unter sinngemäßer Anwendung des § 313 Satz 2 BGB. geheilt sein. Hierbei hat er aber übersehen, daß dann auch die behauptete mündliche Nebenabrede in rechtliche Geltung getreten wäre, und er hat ferner übersehen, daß eine solche Heilung nur eintritt, wenn zur Zeit der Auflassung noch Willensübereinstimmung besteht (ERG. in ZS. Bd. 52 S. 1, Bd. 60 S. 338, Bd. 61 S. 264, JW. 1905 S. 639 Nr. 4 u. 1906 S. 537 Nr. 1). Von einer Auflassung konnte aber erst vom 1. Mai 1905 an gesprochen werden, zu welcher Zeit für den Bezirk des LG. das Grundbuch als angelegt erklärt wurde, und zu dieser Zeit war durch den Brief des Beklagten M. vom 6. Februar 1905 die Sache zwischen den Parteien bereits streitig geworden. § 313 Satz 2 BGB. ist aber überhaupt nicht auf die Fälle anwendbar, in welchen die Uebertragung des Eigentums nach den anderen Formen des alten Rechtes erfolgte, hier des bayer. Landrechts in Verbindung mit dem bayer. Hypthekengesetz, wonach der Eigentumsübergang sich allein durch den dinglichen Vertrag und die Tradition ohne Eintragung in ein öffentliches Buch vollzog. (Planck BGB. 3. Aufl. Bd. VI Bem. 10a zu Art. 189 EG., JW. 1906, S. 548 Nr. 14, BayZfR. 1906 S. 464). Es muß daher geprüft und entschieden werden, ob die streitige Vereinbarung wirklich zwischen den Parteien zustande gekommen ist. Erst im Falle der Bejahung der Frage wäre zu untersuchen, ob die Vereinbarung ein selbständiger, von dem Hauptvertrage losgelöster, aufschiebend bedingter Kaufvertrag über stehendes Holz ist, oder so innig mit dem Hauptvertrag zusammenhängt, daß ohne sie auch dieser nicht vorgenommen sein würde, in welchem Falle der ganze Vertrag gemäß § 139 BGB. nichtig wäre. Wer mündliche Vereinbarungen vor und bei Abschluß des schriftlichen Vertrags gegen dessen Inhalt behauptet, hat die Vermutung gegen sich, daß die Parteien schließlich nur über das einig geworden sind, was Bestandteil der Urkunde geworden ist, und diese Vermutung ist durch die Beweiserhebung nicht entkräftet worden. (ERG. in ZS. Bd. 52 S. 23). Folgt die Beweiswürdigung. (Urteil vom 7. Dezember 1906).

822 H.

Literatur.

Pfordten, Theodor von der, Landgerichtsrat, verw. im Justizministerium. Feldschadengesetz (bayer. Gesetz vom 6. März 1902). Textausgabe mit Einleitung, Erläuterungen und Sachregister. Zweite verbesserte Auflage. München, C. H. Beck'sche Verlagsbh. (O. Beck) 1907, 127 S. Preis gebd. 1.60 Mk.

Daß die praktisch und vielfach auch theoretisch so wichtigen Gebiete des vorbehaltenen Landesrechts gegenüber dem das allgemeine Interesse auf sich ziehenden Rechtsrecht zu Ungebühr vernachlässigt werden, war und ist eine nicht zu unterschätzende Gefahr der neuen Rechtseinheit. Um so dankenswerter erscheinen daher derzeit alle solche Arbeiten, die sich mit wissenschaftlichem Ernst der Darstellung privatrechtlicher Landesgesetze widmen. von der Pfordtens Kommentierung des bayerischen Feldschadengesetzes hat auf diesen Dank besonderen Anspruch: denn sie weiß auf verhältnismäßig knappem Raum in gediegener, übersichtlicher Weise allen Anforderungen in vollstem Maße zu genügen, die Theorie wie Praxis an eine Darstellung des behandelten Stoffes billigerweise zu stellen befugt sind. Der äußere Erfolg, den das Werkchen ausweislich der notwendig gewordenen Neuauflage errungen hat, ist nach meiner vollsten Ueberzeugung nicht mehr als wohlverdient, und in der Neubearbeitung ist der Verfasser überall bemüht gewesen, seine Darstellung weiterhin zu fördern, besonders durch sachgemäße Verwertung der inzwischen erschienenen — freilich nicht sehr zahlreichen — Literatur des Feldschadenrechts. P. Oertmann.

Meyer, Hans, Amtsgerichtssekretär in Neustadt a. Aisch. Die Gebühren in Vormundschafts- und Nachlaßsachen. Im Selbstverlag des Verfassers. Geh. 3.50 Mk.

In der vorliegenden Arbeit sind die einschlägigen bayerischen Gebührenvorschriften in ihrer neuesten Fassung eingehend erläutert und durch zahlreiche Beispiele veranschaulicht. Der mit großem Fleiß unternommene Versuch, den rechnungsführenden Sekretären ein brauchbares Hilfsmittel zu liefern, ist wohlgelungen. Mit der Herausgabe war der Verfasser fast zu flink. Die Vollzugsvorschriften vom 8. Januar 1907 sind zwar im Anhang beigegeben, bei der Bearbeitung selbst aber nicht mehr berücksichtigt.

W.

Küttner, Oberjustizrat, Rat beim Sächs. Oberlandesgerichte. Leitfaden für die Unterweisung der Referendare im Abfassen von Urteilen usw. in Zivilsachen. Leipzig 1906, Dieterichsche Verlagsbuchhandlung, Theodor Weicher.

Der 1. Teil dieser im Auftrage des Sächsischen Justizministeriums herausgegebenen Schrift (Ratschläge für die Leiter der außeramtlichen Uebungen) hat für Bayern keine Bedeutung, weil hier die Einrichtung des Vorbereitungsdienstes in wesentlichen Punkten anders gestaltet ist, als in Sachsen. Wertvoll sind dagegen die im 2. Teile enthaltenen Leitsätze für das Entwerfen der Urteile und ihre Durchsicht ist nicht nur für den Rechtspraktikanten lehrreich. Unsere leider so zahlreichen Meister des Kurial- und Zopfstiles machen wir vor allem auf die Zusammenstellung der häufigsten Sprachfehler auf S. 33—36 aufmerksam. Widerraten möchten wir übrigens, den auf S. 36 empfohlenen Ausdruck „sich verüberflüssigen" zu gebrauchen („es verüberflüssigt sich, hierauf einzugehen"). Diese entsetzliche Wortbildung begegnete uns hier zum erstenmal; man kann doch einfach schreiben: „es ist überflüssig usw." von der Pfordten.

Stern, Dr. Bruno und Dr. Friedrich Morgenstern, Verfassung und Verwaltungsorganisation der Städte. 4. Band, 4. Heft. Königreich Bayern. Leipzig 1906, Duncker und Humblot. Brosch. Mk. 4.20.

Im Anschluß an vorausgehende Darstellungen für die Königreiche Preußen, Württemberg und Sachsen behandelt der erstgenannte Verfasser Verfassung und Verwaltungsorganisation der Städte im Königreich Bayern. Einer unterrichtenden historischen Skizze der Entwicklung des bayer. Städtewesens im 19. Jahrhundert folgt eine eingehende systematische Darstellung der heutigen Städteorganisation im rechts- und linksrheinischen Bayern. — Der zweite Verfasser, seit 1893 Mitglied des Gemeindekollegiums der Stadt Fürth, beschäftigt sich mit den rechtlichen und sozialen Grundlagen sowie der Gemeindeorganisation dieser Stadt, die von der vieler anderer deutscher Städte erheblich abweicht. Das gründliche Werk, eine der Schriften des Vereins für Sozialpolitik (zum 120. Bande der gesamten Reihe gehörig), kann bestens empfohlen werden. M.

1. **Hoffmann, Dr. Albrecht Rudolf,** Geh. Regierungsrat und vortr. Rat im Reichsschatzamt. Das Reichs-Erbschaftssteuergesetz vom 3. Juni 1906 nebst den Ausführungsbestimmungen des Bundesrats und den Vollzugsanweisungen Preußens, Bayerns, Sachsens, Württembergs und Badens. Gebd. Mk. 5.—.
2. **Dittrich, Martin,** Landrichter. Reichsgesetz über die Angelegenheiten der freiw. Gerichtsbarkeit vom 17. Mai 1898 mit den einschlagenden reichsgesetzlichen Bestimmungen versehen und erläutert durch die Rechtsprechung. 2. Auflage. Gebd. Mk. 2.40.

Band 187 und 188 der von Senatspräsident **Max Hallbauer,** und Ministerialdirektor **W. Schelcher** herausgegebenen Juristischen Handbibliothek. Leipzig 1906/07, Roßbergsche Verlagsbuchhandlung, Arthur Roßberg.

Hoffmanns Handkommentar zum Erbschaftssteuergesetze gibt ziemlich eingehende Erläuterungen unter besonderer Berücksichtigung der gesetzgeberischen Vorarbeiten. Das Büchlein von Dittrich gibt einen Ueberblick über die Rechtsprechung in Form von Fußnoten P.

Striebinger, Dr. Wilhelm, Der Begriff der Annahme bei Kauf- u. Werkvertrag. München 1906, Th. Ackermann. Brosch. Mk. 1.20.

Lang, Dr. jur. Georg, Das Aufrechnungsrecht nach dem BGB. München 1906, C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung (Oskar Beck). Brosch. Mk. 10.—.

Kronacher, Dr. August, Der Werklieferungsvertrag nach § 381 Abs. 2 HGB. München 1906, J. Schweitzer Verlag (Arthur Sellier). Brosch. Mk. 1.80.

Brückner, Dr. F., Der ausgezeichnete Diebstahl. München 1906, J. Schweitzer Verlag (Arthur Sellier). Brosch. Mk. 3.60.

Billmann, Dr. jur., Haftung der jurist. Personen für die zum Schadensersatz verpflichtenden außer kontraktl. Handlungen ihrer Vertreter. München 1906, J. Schweitzer Verlag (Arthur Sellier). Brosch. Mk. 1.20.

Röttger, Dr. W., Genußmittel — Genußgifte. Berlin 1906, Elwin Staude. Brosch. Mk. 1.—.

Wir behalten uns vor, einige der angeführten Werke zu besprechen. Wegen Mangels an Raum müssen wir zunächst von einer Besprechung absehen.

Notizen.

Unmittelbarer Verkehr mit niederländischen Justizbehörden (Bek. v. 11. März 1907, JMBl. S. 70). Das namentlich in den preußischen Grenzgebieten hervorgetretene Bedürfnis nach einer Erleichterung des Geschäftsverkehrs mit den niederländischen Justizbehörden hat dazu geführt, daß durch übereinstimmende Anordnung der Landesjustizverwaltungen zunächst den landgerichtlichen Staatsanwälten und den Untersuchungsrichtern gestattet wurde, wegen der Erlangung von Strafregisterauszügen und sonstigen Auskünften polizeilicher Natur mit den niederländischen Generalstaatsanwälten in unmittelbaren Verkehr zu treten. Die Erlaubnis betrifft nur Ersuchen außerhalb des Gebiets der Rechtshilfe. Ersuchen um Rechtshilfe sind regelmäßig auf den diplomatischen Weg zu leiten. Ausnahmen sind nur in Rheinschiffahrts-Angelegenheiten und nach Art. 12 Abs. 2 des Auslieferungsvertrags (RGBl. 1897 S. 731) in dringenden Strafsachen zugelassen. Die weitergehenden Vorschriften über die Festnahme auszuliefernder Personen (JMBl. 1899 S. 365) werden durch das neue Abkommen zweifellos nicht berührt. Ueber die Sprache der unmittelbar zu übersendenden Schreiben ist nichts bestimmt. Der Beifügung von Uebersetzungen bedarf es jedenfalls nicht. Alle Schriftstücke müssen aber mit lateinischen Buchstaben geschrieben sein. Dies ist im Verkehr mit den Niederlanden allgemein vorgeschrieben.

Mitteilung von Todesfällen an die Erbschaftssteuerämter. Eine Bek. vom 16. Februar 1907 (JMBl. Nr. IV S. 68) macht es den Amtsgerichten und den Notaren zur Pflicht, von jedem zu ihrer amtlichen Kenntnis gelangenden Todesfall eines Russen, der in Deutschland Vermögen hinterlassen hat, dem zuständigen Erbschaftssteueramte (§§ 1, 2 der Bek. vom 10. August 1906, den Vollzug des Erbschaftssteuergesetzes betr., JMBl. 1906 S. 242) unverzüglich Mitteilung zu machen. Die Mitteilung hat — das Vorhandensein eines Nachlasses in Deutschland vorausgesetzt — auch dann zu erfolgen, wenn der Erblasser nicht im deutschen Reiche gestorben ist (vgl. Art. 12 der Konvention vom $\frac{\text{12. November}}{\text{31. Oktober}}$ 1874; Staudinger, Staatsverträge I S. 360).

Erhebung der Gebühr für die Hinterlegungen der Pfandleiher. Im § 11 Abs. 2 der VO. vom 25. Dezember 1899, die Erhebung der Hinterlegungsgebühren betr., (GVBl. S. 1235), ist vorgeschrieben, daß die nach den §§ 3, 4 der VO. zu erhebenden Gebühren für ein Jahr im voraus zu entrichten sind. Nach der Bek. des StM. der Justiz und des StM. der Finanzen vom 16. Februar 1907 (JMBl. Nr. IV S. 69) soll die Vorschrift des § 11 Abs. 2 nicht zur Anwendung kommen, wenn der Pfandleiher nach dem Verkaufe des Pfandes den etwaigen Ueberschuß des Erlöses für den Verpfänder hinterlegt (§ 11 der Bek. vom 5. November 1906, das Pfandleihgewerbe betr., GVBl. S. 799; vgl. diese Zeitschrift Jahrgang 1907 S. 60). Denn wenn der hinterlegte Betrag binnen Jahresfrist nicht erhoben wird, verfällt er zugunsten der Armenkasse, die nicht verpflichtet ist, bei Erhebung des Betrages eine Hinterlegungsgebühr zu zahlen (Art. 3 Ziff. 3 GebG., Art. 9 Abs. 1 ArmG.). Eine Hinterlegungsgebühr fällt nach § 3 der VO. vom 25. Dezember 1899 nur an, wenn der hinterlegte Betrag an den Verpfänder oder dessen Rechtsnachfolger herausgegeben wird. Es ist sonach bei der Hinterlegung ungewiß, ob überhaupt eine Hinterlegungsgebühr geschuldet wird.

Verantwortl. Herausgeber: Th. von der Pfordten, K. Landgerichtsrat, verw. im Staatsministerium d. Justiz.

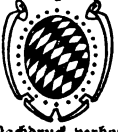
Eigentum von J. Schweitzer Verlag (Arthur Sellier) in München.
Druck von Dr. Franz Paul Datterer & Cie., G. m. b. H., Freising.

Nr. 9. München, den 1. Mai 1907. 3. Jahrg.

Zeitschrift für Rechtspflege in Bayern

Herausgegeben von
Th. von der Pfordten
K. Landgerichtsrat, verw. im K. Bayer. Staatsministerium der Justiz.

Verlag von
J. Schweitzer Verlag
(Arthur Sellier)
in München, Lenbachplatz 1.



Die Zeitschrift erscheint am 1. und 15. jeden Monats im Umfange von mindestens 2 Bogen. Preis vierteljährlich Mk. 3.—. Bestellungen übernimmt jede Buchhandlung und Postanstalt (Postzeitungsliste für Bayern Nr. 974a).

Redaktion und Expedition: München, Lenbachplatz 1. Insertionsgebühr 30 Pfg. für die halbgespaltene Petitzeile oder deren Raum. Bei Wiederholungen Rabatt. Stellenanzeigen 20 Pfg. Beilagen nach Uebereinkunft.

Ein Beitrag zum pfälzischen Forstpolizeirechte.

Von **Dr. Ritzmann**, II. Staatsanwalt in Ansbach.

Die rheinpfälzische Praxis betrachtet als Grundlage der Handhabung der staatlichen Forstpolizei gegenüber den Privatwaldbesitzern die Verordnung der K. K. österreichischen und K. bayerischen gemeinschaftlichen Landesadministration vom 15. Dezember 1814, betr. die Privatwaldungen, siehe hierüber Geib, Handbuch der Gemeindebehörden der Pfalz, 3. Aufl. § 80 und Ritzmann, Handbuch des Forststraf- und Forstpolizeirechts der Pfalz S. 331 ff. Der Art. 3 des Gesetzes betr. die Einführung des Strafgesetzbuches in Bayern vom 26. Dezember 1871, der die Forstgesetze der Pfalz für fortbestehend erklärt, gedenkt in seiner exemplikativen Aufzählung neben anderen hier nicht interessierenden Bestimmungen lediglich der Verordnungen vom 30. Juli und 15. Dezember 1814, ebenso auch das am 16. Januar 1897 dem Staatsministerium der Justiz vorgelegte Gutachten des OLG. Zweibrücken betr. die Einführung des BGB. Auch die Regierung der Pfalz nennt in einer mittels autographierter Entschließung vom 25. Mai 1899 für die Forstbehörden aufgestellten Uebersicht der für die Privatwaldungen im Regierungsbezirke der Pfalz zurzeit geltenden gesetzlichen Bestimmungen neben Art. 20 und 21 des Polizeistrafgesetzbuches lediglich die erwähnte Verordnung vom 15. Dezember 1814.

Die Verordnung vom 15. Dezember 1814 ist, wie bereits gesagt, erlassen von der gemeinschaftlichen österreichischen und bayerischen Landesadministrationskommission zu Kreuznach und zwar naturgemäß auch bloß für das dieser Administrationskommission unterstellte Gebiet. Der genannten Kommission war neben anderen hier nicht in Betracht kommenden Territorien unterstellt das ganze Gebiet der heutigen Pfalz mit Ausnahme der jetzt pfälzischen Gebietsteile, welche erst durch den zweiten Pariser Frieden vom 20. November 1815 von Frankreich abgetrennt wurden und auf Grund des am 14. April 1816 zu München zwischen Oesterreich und Bayern geschlossenen Staatsvertrags an Bayern fielen. Diese Gebietsteile wurden zusammengefaßt unter der Bezeichnung „K. bayerisches Gebiet zwischen der Queich und der Lauter". Genanntes Gebiet umfaßte die heutigen Kantone Bergzabern und Kandel und von dem Kantone Landau die Bänne der Stadt Landau und der Dörfer Queichheim, Arzheim, Ranschbach, Herxheim, Herxheimweiher und Ingenheim.

Daß die Verordnung vom 15. Dezember 1814 nach der Vereinigung des Gebiets zwischen der Queich und der Lauter mit den übrigen Teilen der heutigen Pfalz nicht ohne weiteres für das erstgenannte Gebiet Gesetzeskraft erlangte, bedarf keiner besonderen Ausführung. Ein Gesetzgebungsakt, durch den die Einführung der Verordnung vom 15. Dezember 1814 in dem Gebiete zwischen der Lauter und der Queich erfolgt wäre, liegt nicht vor. Nach der Vereinigung erließ die K. bayerische Landesadministration am linken Rheinufer unterm 7. Mai 1816, Amtsblatt S. 21 f., einen Beschluß betr. die Verwaltung des Forstwesens in den K. bayerischen Gebieten zwischen der Queich und Lauter, wodurch lediglich bestimmt wurde, daß das Forstmeisteramt, welches die Waldungen in dem vormals K. K. österreichischen Gebiete zwischen der Queich und der Lauter zu verwalten hatte, zu dem K. provisorischen Oberforstamte in dasselbe Unterordnungsverhältnis trete, welches in Ansehung der andern Kreisforstämter des Gebiets der ehemaligen gemeinschaftlichen österreichischen und bayerischen Landesadministrationskommission bestehe. Aus dem Gesagten folgt, daß die Verordnung vom 15. Dezember 1814 in den pfälzischen Gebietsteilen, welche das ehemalige Gebiet zwischen der Queich und der Lauter bildeten, keine Anwendung finden kann und daß demnach zu den Mängeln der pfälzischen Forstpolizeigesetzgebung auch noch der der territorialen Verschiedenheit tritt.

Es fragt sich nun, welche gesetzliche Grundlage hat die Handhabung der Forstpolizei den Privatwaldbesitzern gegenüber in dem Teile der Pfalz,

welcher das ehemalige Gebiet zwischen der Queich und der Lauter bildete?

Das in Frage kommende Gebiet gehörte vor seiner Lostrennung von Frankreich durch den zweiten Pariser Frieden vom 20. November 1815 zum Departement Bas-Rhin. Bei der Untersuchung des Forstpolizeirechts dieses Gebiets ist auszugehen von Art. 6 des Gesetzes vom 29. September 1791 über die Forstverwaltung, Recueil des règl. et arrêtés, tome V cah. 9, 192. Art. 6 lautet: Les bois des particuliers cesseront d'y — au régime forestier — être soumis et chaque propriétaire sera libre de les administrer et d'en disposer comme bon lui semblera. Durch diese Bestimmung wurden die Privatwaldungen den Eigentümern zur freien Verfügung gegeben. Zu vergl. hierher das Staatsratsgutachten vom 16 Frimaire XIV, abgedruckt bei Ritzmann, Forststraf- und Forstpolizeirecht der Pfalz S. 326. Der unbeschränkten Verfügungsfreiheit der Privatbesitzer wurde eine forstpolizeiliche Schranke gesetzt durch das Gesetz vom 9. Floréal XI, rélative au Régime des bois appartenant aux particuliers etc.; Bull. des lois 276 No. 2753. Dieses Gesetz hatte nur transitorische Bedeutung und gilt heute nicht mehr, siehe hierüber das Nähere Ritzmann a. a. O. S. 328 f. Einige weitere Bestimmungen der französischen Gesetzgebung, die in die Verfügungsgewalt der Privatwaldbesitzer eingriffen, sind heute unpraktisch geworden und können hier übergangen werden, Ritzmann a. a. O. S. 329 f. Nach dem zweiten Pariser Frieden vom 20. November 1815 kam das Gebiet zwischen der Queich und der Lauter vor seinem Anfall an Bayern zunächst an Oesterreich und wurde unter Oberleitung des K. K. österreichischen Generalkommissärs Droßdick in Worms zuerst durch Gouvernementskommissär Siebenpfeiffer und dann die K. K. österreichische Ziviladministration, an deren Spitze Siebenpfeiffer stand, verwaltet. Bei dem Uebergange des Landes von Frankreich an Oesterreich galt das oben erwähnte Gesetz vom 9. Floréal XI, das nach 25 Jahren von selbst außer Kraft trat.

Der Generalkommissär Droßdick erließ am 28. Dezember 1815 eine dem Forstregulativ des Generalgouverneurs des Mittelrheins, des K. russischen Staatsrats **Gruner**, vom 28. Mai 1814 nachgebildete Verordnung über das Forstwesen, Amtsblatt der K. K. österreichischen Zivil-administration am linken Ufer der Lauter 1816 S. 33 ff. Die Verordnung vom 28. Dezember 1815 regelt das Verhältnis der Forstpolizei dem Privatwaldbesitzer gegenüber abweichend von dem Grunerschen Vorbilde. § 1 der Verordnung vom 28. Dezember 1815 über das Forstwesen lautet: „Die Aufsicht über die Staats-, Gemeinde- und **Privat**waldungen bleibt, wie bisher, zunächst den verschiedenen Forstbehörden, deren Wirkungskreise hierunten näher bezeichnet werden, anvertraut. Die Forstwirtschaft über die Gemeinde- und **Privat**waldungen wird **ganz nach den nämlichen Grundsätzen** ausgeübt, wie **die der Staatswaldungen**."

Der vorerwähnte Generalkommissär erließ am 28. Dezember 1815 des weitern eine der Forststrafverordnung der K. K. österreichischen und K. bayerischen Landesadministrationskommission vom 30. Juli 1814 nachgebildete Forststrafverordnung, deren §§ 63 und 64 lauten wie folgt:

§ 63. Wer unerlaubterweise mit Holz bestandenes Waldland ausstockt, muß den in solchem Falle durch den Forstmeister oder Oberförster aufzunehmenden Schaden ersetzen, bezahlt 6 Frs. Strafe für jede Quadratrute[1]) und darf das ausgestockte Land nicht weiter bearbeiten.

§ 64. Wer unbefugterweise unbestocktes Waldland (Waldtriescher) urbar macht, ist der Ernte verlustig, welche für Rechnung des Besitzers von Grund und Boden oder, wenn dieser selbst der Täter ist, für Rechnung der Staatskasse konfisziert wird, bezahlt eine Strafe von 3 Frs. für jede Quadratrute und muß das urbar gemachte wieder zu Waldland liegen lassen. —

Zu beachten ist, daß der in § 63 angedrohte Schadensersatz gegen einen Privatwaldbesitzer als Täter nicht ausgesprochen wird, siehe § 172 der angeführten Verordnung.

Aus dem Dargelegten ergibt sich, daß für die Handhabung der Forstpolizei den Privatwaldbesitzern gegenüber in der Pfalz **zweierlei** grundlegende Vorschriften bestehen, nämlich:

a) § 1 der oben zitierten Verordnung der K. K. österreichischen Zivilladministration am linken Ufer der Lauter vom 28. Dezember 1815 in Verbindung mit §§ 63 und 64 der Forststrafverordnung vom nämlichen Tage **für das oben näher beschriebene Gebiet zwischen der Queich und der Lauter**. In diesem Gebiete unterstehen also auch die Wälder **unter** 20 rheinischen Morgen der Forstpolizei.

b) die Verordnung der K. K. österreichischen und K. bayerischen Landesadministrationskommission vom 15. Dezember 1814 in Verbindung mit Art. 63 und 64 der Forststrafverordnung vom 30. Juli 1814 für das **ganze übrige Gebiet der Pfalz**.

[1]) Eine rheinische Quadratrute ist gleich 23,81 qm. Bei dieser Gelegenheit mögen auch zwei auf den hier besprochenen Gegenstand bezügliche Berichtigungen des im Texte zitierten Forsthandbuches von Ritzmann Platz finden: Auf S. 334 soll es in der 17. Zeile von unten statt 8,52 qm heißen 23,81 qm und in der 11. Zeile von unten statt 5 Frs. 3 Frs.

Der Verfasser.



Die Wirkungen der Abtretung, Verpfändung und Pfändung einer Miet- oder Pachtzinsforderung bei der Zwangsversteigerung und der Zwangsverwaltung des Grundstücks.

Von Oberlandesgerichtsrat **Kretzschmar** in Dresden.

(Schluß.)

IV.

Ist das vermietete oder verpachtete Grundstück mit einer Hypothek (Grundschuld, Rentenschuld) belastet, so erstreckt sich das Recht auf die Miet- oder Pachtzinsforderung (§ 1123 Abs. 1, §§ 1192, 1199 BGB.). Das bedeutet, daß der Grundpfandgläubiger die Miet- oder Pachtzinsforderung zu seiner Befriedigung heranziehen kann. Die Befriedigung des Hypothekengläubigers aus dem Grundstück und den mithaftenden Gegenständen erfolgt nach § 1147 BGB. im Wege der Zwangsvollstreckung, wobei dem Gläubiger in Ansehung der Miet- und Pachtzinsforderungen neben der Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen, d. i. der Zwangsvollstreckung in das Grundstück selbst, die Mobiliarvollstreckung (Pfändung) zur Verfügung steht, so lange nicht die Beschlagnahme der Forderung im Wege der Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen erfolgt ist (§ 865 Abs. 2 ZPO.). Die Pfändung der Forderung bewirkt ihre Beschlagnahme für den Gläubiger.

Bei der Zwangsvollstreckung in das Grundstück selbst, die durch Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung geschieht, gilt der Anordnungsbeschluß als Beschlagnahme des Grundstücks, und die Beschlagnahme umfaßt grundsätzlich auch die Gegenstände, auf die sich die Hypothek erstreckt. Jedoch gilt dies nicht ausnahmslos; eine Ausnahme macht unter anderem die Miet- und Pachtzinsforderung, die nur von der **Verwaltungs**beschlagnahme, nicht aber von der Versteigerungsbeschlagnahme umfaßt wird (§§ 20, 21 Abs. 2, 148 Abs. 1 ZwVG.). Die Beschlagnahme der Forderung tritt an sich gleichzeitig mit derjenigen des Grundstücks in Kraft; nur **dem Drittschuldner gegenüber** wird sie erst mit dem Zeitpunkte wirksam, in welchem sie ihm bekannt oder das auf Antrag des Gläubigers oder des Verwalters zu erlassende Zahlungsverbot zugestellt wird (§§ 22, 151 Abs. 3 ZwVG.).

Den Miet- und Pachtvertrag muß, wenn das Grundstück dem Mieter oder Pächter vor der Beschlagnahme überlassen war, der Verwalter gegen sich gelten lassen, wie auch das Recht des Pächters auf den Fruchtgenuß von der Beschlagnahme nicht berührt wird (§ 21 Abs. 3, § 152 Abs. 2 ZwVG.); dafür gehören die noch ausstehenden Miet- und Pachtzinsforderungen zu den vom Verwalter zu ziehenden Nutzungen und sind also an den Verwalter zu zahlen. Dies gilt auch von dem Zinse, der auf die der Beschlagnahme vorangehende Zeit entfällt; jedoch ist hier durch den § 1123 Abs. 2 Satz 1 BGB. die Grenze gezogen, daß die Forderung mit dem Ablauf eines Jahres nach dem Eintritte ihrer Fälligkeit von der Haftung für die Hypothek frei wird, wenn nicht vorher die Beschlagnahme zugunsten des Hypothekengläubigers erfolgt ist. War also bei der Beschlagnahme des Grundstücks, die am 2. Januar 1907 erfolgte, der am Schlusse jedes Kalendervierteljahres fällige Mietzins auf die Zeit vom 1. Oktober 1905 bis Ende Dezember 1906 rückständig, so ist der Ende Dezember 1905 fällig gewesene Mietzins auf das vierte Kalendervierteljahr 1905 von der Haftung frei; diesen Mietzins kann der Hypothekengläubiger nur in Anspruch nehmen, wenn er zugleich persönlicher Gläubiger des Eigentümers ist und gegen diesen auch wegen der persönlichen Schuld einen vollstreckbaren Titel erwirkt hat.

Anderseits zieht der Satz 2 daselbst im Interesse des Hypothekengläubigers Schranken gegen die Ausbedingung der Vorauszahlung des Miet- oder Pachtzinses auf zu lange Zeiträume. Ist der Miet- oder Pachtzins im voraus zu entrichten, so erstreckt sich die Befreiung nicht auf den Zins für eine spätere Zeit als das zur Zeit der Beschlagnahme laufende und das folgende Kalendervierteljahr. War z. B. einjährige Vorausbezahlung bedungen und der am 2. Januar 1907 zahlbare Mietzins auf das Jahr 1907 von dem Abmieter an den Vermieter gezahlt worden, so würde, wenn am 1. Februar 1907 die Beschlagnahme erfolgte, der Mieter den Mietzins, der auf die Zeit vom 1. Juli an entfällt, nochmals zahlen müssen.

Im übrigen trägt das Gesetz den wirtschaftlichen Bedürfnissen des Eigentümers auch hier nach der Richtung Rechnung, daß er ihm in § 1124 die Einziehung des Zinses sowie eine sonstige Verfügung darüber mit Wirksamkeit gegenüber der späteren Beschlagnahme für einen Hypothekengläubiger in demselben Umfange gestattet, wie es nach § 573 Satz 1 gegenüber einem Erwerber des Grundstücks geschieht. Der maßgebende Zeitpunkt ist hier die Zeit der Beschlagnahme des Zinses, so daß also die Verfügung dem Hypothekengläubiger gegenüber unwirksam ist, soweit sie sich auf den Miet- oder Pachtzins für eine spätere Zeit als das zur Zeit der Beschlagnahme laufende und das folgende Kalendervierteljahr bezieht. Besteht die Verfügung in der Uebertragung der Forderung auf einen Dritten (Abtretung, Ueberweisung an Zahlungsstatt bei der Pfändung), so erlischt die Haftung der Forderung; erlangt ein Dritter ein Recht an der Forderung (insbesondere durch Verpfändung, Pfändung oder Arrestvollziehung), so geht das Recht der Hypothek im Range vor, das heißt der Beschlagnahmegläubiger muß das an der Forderung begründete Recht gegen sich gelten lassen, so daß bei einer Pfändung der

Forderung, sofern der Pfändungsgläubiger nicht etwa anderweitige Befriedigung erlangt und sein Pfandrecht dadurch erlischt. der Zwangsverwalter zur Einziehung der Zinsforderung nur insoweit legitimiert ist, als diese die Forderung des Pfändungsgläubigers übersteigt. Dabei ist bestimmt, daß es der Uebertragung der Forderung auf einen Dritten gleichsteht, wenn das Grundstück ohne Forderung veräußert wird.

Soweit der Einziehung des Miet- und Pachtzinses dem Hypothekengläubiger gegenüber die Wirksamkeit abgeht, ist nach § 1125 auch das Recht des Mieters oder Pächters ausgeschlossen, mit einer ihm gegen den Vermieter oder Verpächter zustehenden Forderung dem Beschlagnahmegläubiger gegenüber aufzurechnen.

V.

Die Vorschriften der §§ 1123 ff. BGB. einerseits und diejenigen der §§ 573 das. sowie des § 57 ZwVG. anderseits gehen selbständig neben einander her, so daß sie beim Zusammentreffen von Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung je die in ihnen bestimmten Wirkungen ausüben. Wenn also in Ansehung eines vermieteten oder verpachteten Grundstückes am 1. März 1907 die Zwangsverwaltung eingeleitet wurde, die gleichzeitig eingeleitete Zwangsversteigerung des Grundstückes aber am 10. Juli zum Zuschlage führt und vor der Einleitung der Zwangsverwaltung sich auf künftige Mietzinsen erstreckende Pfändungen ergangen sind, so haben die Pfändungsgläubiger die Mietzinsen bis zum 30. Juni zu beanspruchen, während den Pfändungen eine weitere Wirksamkeit gegenüber der Verwaltungsbeschlagnahme gemäß dem § 1124 Abs. 2 BGB. abgeht. Vom Tage des Zuschlags an aber als demjenigen Zeitpunkte, wo nach § 571 Abs. 1 BGB. der Ersteher anstelle des Erwerbers in die sich aus dem Mietverhältnis ergebenden Rechte und Verpflichtungen eintritt, gebühren die Mietzinsen wieder den Pfändungsgläubigern, und zwar bis zum 31. Dezember 1907 (§ 573 BGB. in Vbdg. mit § 57 Satz 1 ZwVG.); der Zwangsverwalter hat deshalb auch bei Vermeidung eigener Haftung darauf zu achten, daß der von ihm vereinnahmte Mietzins, soweit er auf die Zeit nach dem Zuschlag entfällt, für den Ersteher bezw. die Pfändungsgläubiger verbleibt und nicht etwa zur Bestreitung von Ausgaben verwendet wird oder zur Verteilung gelangt.

Was von der Pfändung gilt, das gilt selbstverständlich auch von rechtsgeschäftlichen Verfügungen und so insbesondere von der Abtretung und der Verpfändung, sofern sie sich auf die künftigen Mietzinsen erstrecken. Daß so Pfändungen und rechtsgeschäftliche Verfügungen, nachdem ihre Wirksamkeit bereits erloschen war, für eine spätere Zeit wieder zur Geltung gelangen können, entspricht weder der natürlichen Anschauungsweise noch der Billigkeit, wie denn die in § 57 Satz 1 festgesetzte Wirksamkeit von Verfügungen über Zinsforderungen auch gegenüber dem Ersteher des Grundstücks als zu weitgehend erscheint. Denn nicht nur, daß dadurch der Wert der in § 1123 Abs. 1 BGB. bestimmten Erstreckung der Hypothek auf die Zinsforderungen erheblich in Frage gestellt wird, ist den berechtigten Interessen des Eigentümers gegenüber einer Zwangsvollstreckung in das Grundstück bereits durch die für die Zwangsverwaltung geltenden Vorschriften der §§ 1123, 1124 das. genügt; für den Fall der Zwangsversteigerung des Grundstücks den Ersteher im wesentlichen dem freihändigen Erwerber gleichzustellen, war um deswillen nicht notwendig, weil bereits zwischen der Beschlagnahme des Grundstücks und dem Versteigerungstermin ein geraumer Zeitraum liegt, der dem Eigentümer in dieser Beziehung zugute kommt. Den Schaden von der gesetzlichen Regelung haben die Hypothekengläubiger, da der Ersteher mit Rücksicht auf das stets mögliche Vorliegen von Verfügungen über den Zins, die er gegen sich gelten lassen muß, für das Grundstück entsprechend weniger bieten wird; denn wenn der Ersteher an sich auch wegen des ihm auf Grund des § 57 Satz 1 ZwVG. entgehenden Zinses von dem Eigentümer des versteigerten Grundstückes Ersatz verlangen kann, so wird doch auf die Durchführung des bezüglichen Anspruchs in solchen Fällen nur ganz ausnahmsweise zu rechnen sein und jeder vorsichtige Bieter deshalb bei der Entschließung darüber, wie hoch er beim Bieten gehen soll, den Betrag des ihm möglicherweise entgehenden Zinses berücksichtigen.

Ich habe daher in meiner Darstellung des ZwVG. S. 16 die Meinung vertreten zu sollen geglaubt, daß wenigstens dann, wenn die Zwangsversteigerung und die Zwangsverwaltung von demselben Gläubiger betrieben werden und die Verwaltung bis zum Zuschlage fortdauert, der maßgebende Zeitpunkt für die Wirkung von Verfügungen des Eigentümers über Zinsforderungen auch gegenüber dem Ersteher die Verwaltungsbeschlagnahme und nicht der Zuschlag des Grundstückes und die sich damit vollziehende Eigentumsübertragung sein müsse. So auch, mir beipflichtend, Peiser ZBlPr. 35, 270 ff. Diese Ansicht dürfte jedoch (leider!) nicht haltbar sein, weil die Zwangsversteigerung und die Zwangsverwaltung, worauf Jaeckel, 2. Aufl., Anm. 4 zu § 57 im Anschluß an von der Pfordten, Anm. 6 und OLG. Hamburg in Rspr. 8, 6 hinweist, selbständige Vollstreckungsarten sind, die sich auch in Ansehung des Umfangs der Beschlagnahme unterscheiden, und der Ersteher sich nach § 55 ZwVG. nur auf die Versteigerungsbeschlagnahme berufen kann, welche die Miet- und Pachtzinsforderungen eben nicht mit umfaßt.

Nichtsdestoweniger ist es nicht ohne Bedeutung,

gleichzeitig mit der Zwangsversteigerung auch die Zwangsverwaltung des Grundstücks zu betreiben, weil durch die Verwaltungsbeschlagnahme wenigstens fernere Pfändungen (RG. 59, 88) und nach § 148 Abs. 2 ZwVG. wohl auch rechtsgeschäftliche Verfügungen des Eigentümers unmöglich gemacht werden, während die bloße Versteigerungsbeschlagnahme weitere Verfügungen nicht hindert, so daß trotz der Beschlagnahme bis zum Zuschlage Verfügungen jeder Art über den Zins mit der in § 57 Satz 1 ZwVG. gegenüber dem Ersteher bestimmten Wirkung getroffen werden können.

VI.

Mit Rücksicht auf die Bedenken, die sich gegen die Zweckmäßigkeit der in § 57 Satz 1 ZwVG. bestimmten Wirkung von Vorausverfügungen des Eigentümers über Miet- und Pachtzinsforderungen gegenüber dem Ersteher des Grundstücks erheben lassen, möchte es auf den ersten Blick durchaus wünschenswert erscheinen, wenn man der eingangs wiedergegebenen Entscheidung des OLG. München beipflichten und annehmen könnte, daß der Ersteher und der Mieter oder Pächter durch den Abschluß eines neuen Vertrags der Pfändung der Zinsforderung die Wirksamkeit entziehen könnten. Bei näherem Zusehen ergibt sich jedoch nach anderen Richtungen die Untunlichkeit der Annahme.

Vor allem nämlich ist die zu entscheidende Frage auf eine breitere Grundlage zu stellen. Kann der Ersteher mit dem Mieter (Pächter) einen neuen Vertrag mit der Wirkung schließen, daß die Pfändung der Zinsforderung hinfällig wird, so können dies auch der Zwangsverwalter und der Mieter. Ebenso aber würde es nicht bloß gegenüber einer Pfändung sondern auch gegenüber einer Verpfändung sowie einer Abtretung der Forderung zu gelten haben. Daß die Frage bezüglich der Verpfändung in gleicher Weise zu beantworten ist, bedarf keiner besonderen Ausführung; für die Abtretung ergibt es sich daraus, daß auch der Zessionar nicht in das Mietverhältnis (Pachtverhältnis) als solches eintritt, sondern daß trotz der Abtretung der Eigentümer Vermieter oder Verpächter bleibt. Sodann würde aber das gleiche auch bei einer freihändigen Veräußerung des Grundstücks gelten müssen; denn auch hier steht dem Mieter in Ansehung des Mietverhältnisses nunmehr als der andere Teil der neue Eigentümer gegenüber, so daß sie das Mietverhältnis, auf dem die abgetretene, verpfändete oder gepfändete Forderung beruht, durch ein neues ersetzen können. Schon wenn man sich diese Tragweite einer bejahenden Beantwortung der Frage vor Augen hält, müssen sich Zweifel an der Richtigkeit der getroffenen Entscheidung aufdrängen. Die gesetzlichen Vorschriften führen denn nach meinem Dafürhalten auch zu dem entgegengesetzten Ergebnisse.

Zutreffend ist allerdings, daß der Mieter und der Ersteher als die Parteien das zwischen ihnen bestehende Mietverhältnis aufheben können; sie können dies aber gegenüber einer Abtretung, Verpfändung oder Pfändung der Zinsforderung nur mit Wirkung unter sich tun, die durch das Mietverhältnis begründete Forderung bleibt durch den aufhebenden Vertrag auch für die Zukunft unberührt, soweit die Abtretung, die Verpfändung und die Pfändung reichen. Für die Abtretung folgt dies daraus, daß die Forderung durch die Abtretung auf den neuen Gläubiger übergeht und deshalb nach dem in § 407 BGB. bezeichneten Zeitpunkte nicht mehr durch ein Rechtsgeschäft zwischen dem Mieter und dem Grundstückseigentümer aufgehoben werden kann. Bei der Verpfändung aber ergibt es sich aus der Vorschrift des § 1276 Abs. 1 Satz 1 BGB., daß ein verpfändetes Recht durch Rechtsgeschäft nur mit Zustimmung des Pfandgläubigers aufgehoben werden kann; für die Pfändung endlich folgt es aus § 804 Abs. 1 ZPO., wonach das Pfändungspfandrecht dem durch Rechtsgeschäft bestellten Pfandrechte gleichsteht.

Ist dies richtig, so bleibt die Wirksamkeit einer Abtretung, Verpfändung oder Pfändung der Zinsforderung durch die zwischen dem Mieter und dem Ersteher des Grundstückes vereinbarte Aufhebung des Miet- oder Pachtverhältnisses unter allen Umständen unberührt. Insbesondere ist es ohne Bedeutung, ob das Absehen der Beteiligten lediglich auf die Außerkraftsetzung der Pfändung usw. gerichtet gewesen ist oder ob sich aus der Vereinbarung neuer Bedingungen darauf schließen läßt, daß die Beteiligten auch ein sonstiges Interesse an der Aufhebung des bisherigen Vertrages hatten.

Die berechtigten Interessen des Mieters erfordern nur einen Schutz dagegen, daß der Mieter durch die Abtretung (Verpfändung, Pfändung) nicht die Einwendungen verliert, die ihm zufolge der Gegenseitigkeit des Vertrags aus der nicht gehörigen Erfüllung gegen die Zinsforderung erwachsen können. Diesen Schutz gewährt dem Mieter der § 404 BGB.; denn danach kann der Schuldner einem neuen Gläubiger (und so nach § 1275 auch einem Pfandgläubiger) gegenüber alle Einwendungen geltend machen, die ihren Grund in dem Inhalte des Schuldverhältnisses haben, mögen auch die den Einwand begründenden Tatsachen erst nach der Abtretung (Verpfändung, Pfändung) eingetreten sein. Insbesondere gehören hierher die Fälle, wo der Gläubiger bei einem gegenseitigen Vertrag in Erfüllungsverzug kommt, vgl. P. I 388. Ist so z. B. der Mieter nach §§ 537, 542 BGB. berechtigt, das Mietverhältnis ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist zu kündigen, so kann er das auch tun, wenn die Zinsforderung abgetreten, verpfändet oder gepfändet war; hier wirkt die Lösung des Vertrags auch gegenüber dem Zessionar oder Pfandgläubiger.

Es verhält sich dabei ebenso, wie wenn der Mieter (oder Vermieter) bereits vor der Abtretung (Verpfändung, Pfändung) gekündigt hatte und das Mietverhältnis deshalb alsbald nach der Abtretung endigt. Und ist der Mieter wegen der Mängel der Wohnung zu Abzügen berechtigt, so muß sie auch der Zessionar und Pfandgläubiger gegen sich gelten lassen.

Ingleichen wird auch das Kündigungsrecht des Vermieters durch eine Abtretung (Verpfändung, Pfändung) der Zinsforderung nicht unterbunden; zum mindesten muß dies für die Fälle gelten, wo das Gesetz dem Vermieter die Kündigung ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist gestattet (vgl. die §§ 553, 554); auch hierdurch kann dem Zessionar oder Pfandgläubiger mit Rücksicht auf die Vorschrift des § 555 ein Teil der Zinsforderung entzogen werden. Die vorzeitige vertragsmäßige Aufhebung des Mietsverhältnisses dagegen, die ohne einen gesetzlichen Grund erfolgt, läßt, meine ich, die Pflicht zur Zahlung der Mietzinsforderung gegenüber einem Zessionar oder Pfandgläubiger unberührt.

Erbschafts-Ausschlagung.

Von Amtsrichter **Dr. Keßler** in München.

A.

Nach wiederholt gemachter Wahrnehmung besteht bei bayerischen Nachlaßgerichten die Uebung, die Wirksamkeit einer Erbschaftsausschlagung, die zu Protokoll eines vom Nachlaßgericht um Vernehmung von Beteiligten ersuchten Gerichts erklärt wird, nach dem Zeitpunkt der Abgabe der Erklärung vor diesem Gericht, nicht aber nach dem Zeitpunkt des Einlaufs der Protokollarerklärung beim Nachlaßgericht zu beurteilen. Diese Uebung dürfte falsch sein.

Nach § 1945 Abs. 1 BGB. erfolgt die Erbschaftsausschlagung durch Erklärung gegenüber dem Nachlaßgericht. Als Nachlaßgerichte sind sachlich die Amtsgerichte zuständig[1]) (§ 72 FGG.). Die örtliche Zuständigkeit des Nachlaßgerichts wird durch § 73 FGG. bestimmt. Die örtliche Zuständigkeit ist gerade hinsichtlich der Erbschaftsausschlagung ausschließlich. Das Amtsgericht, das im einzelnen Falle nach § 73 FGG. örtlich zuständig ist, ist „das“ Nachlaßgericht im Sinne des § 1945 BGB. Nur ihm gegenüber kann die Ausschlagungserklärung wirksam abgegeben werden; die einem anderen, örtlich unzuständigen „Nachlaßgericht“ gegenüber abgegebene Erklärung ist unwirksam (Planck, Komm. z. BGB., 3. Aufl. Bd. V S. 55). Die Ausschlagungserklärung ist eine empfangsbedürftige Willenserklärung. Sie ist dem soeben bestimmten Nachlaßgericht gegenüber abgegeben, wenn sie entweder zu Protokoll dieses Gerichts selbst erklärt wird oder andernfalls ihm „zugeht“ (§ 130 BGB.). Hier wird nur der letztere Fall weiter behandelt. Die Ausschlagungserklärung geht aber dem Nachlaßgericht zu, wenn das die Erklärung enthaltende Schriftstück in seinen Einlauf kommt. In diesem Augenblick erst ist also die Ausschlagung dem Nachlaßgericht gegenüber erklärt. Macht hiervon das die Ausschlagungserklärung enthaltende Protokoll des vom Nachlaßgericht um Vernehmung eines Beteiligten ersuchten Amtsgerichts eine Ausnahme?

Die erwähnte Uebung behauptet dies mit der Begründung, durch das Ersuchen seitens des im konkreten Falle zuständigen Nachlaßgerichts werde das ersuchte Gericht im Wege der Rechtshilfe an die Stelle des ersteren gesetzt. Nun sagt allerdings das OLG. München in einer Entscheidung vom 21. Januar 1901 (abgedruckt in der Samml. d. Entsch. d. ObLG. Bd. II S. 885 ff.): „Dem Wesen und Zwecke der Rechtshilfe entspricht es, daß die von oder vor dem ersuchten Richter vorgenommene Handlung so bewertet werde, wie wenn sie von oder vor dem ersuchenden vorgenommen worden wäre. Denn durch das Mittel der Rechtshilfe soll es ja ermöglicht werden, daß die Tätigkeit des ordentlichen Richters, welche in einen fremden Gerichtsbezirk übergreifen müßte, durch jene des ersuchten Gerichts ersetzt werde“. Diesen Satz spricht das Oberlandesgericht aus bei der Prüfung der Frage, ob das ersuchte Gericht eine Ausschlagungserklärung beurkunden kann. Wenn es dabei zu dem Schlusse kommt, daß das ersuchte Gericht zur „Entgegennahme und Beurkundung“ der Ausschlagungserklärung zuständig ist, so scheint damit auch die oben als unrichtig bezeichnete Uebung gerechtfertigt zu sein. Aber es ist zu unterscheiden zwischen der Beurkundung der Ausschlagungserklärung und deren „Zugehen“ beim Nachlaßgericht. Wenn auch das Wesen der Rechtshilfe in dem angeführten Satz richtig umschrieben sein mag, so ist doch zu betonen, daß ihr Gegenstand immer nur eine Handlung, ein Tätigwerden des Gerichts sein kann; das bloße „Zugehen“ der Ausschlagungserklärung, mit dem diese erst abgegeben ist, ist aber ein solches Tätigwerden nicht. Das Nachlaßgericht hat dabei lediglich die Rolle des Adressaten. Diese Rolle bedingt aber keine eigene Tätigkeit des Nachlaßgerichts und sie bedingt vor allem keine Tätigkeit, „welche in einen fremden Gerichtsbezirk übergreifen müßte“. Denn nur dem Nachlaßgericht gegenüber ist ja die Ausschlagung zu erklären. Schon deshalb kann das Empfangen der Ausschlagungserklärung kein Gegenstand der Rechtshilfe sein; das Nachlaßgericht kann sich nicht im Wege der Rechtshilfe gewissermaßen einen Empfangsbevollmächtigten bestellen. Sodann kann Rechtshilfe auf Ersuchen eines gleichgeordneten Gerichts — und das Nachlaßgericht ist dem ersuchten Gericht gleichgeordnet

[1]) Der Vorbehalt des Art. 147 EG. z. BGB. bleibt hier außer Betracht.

— nur geleistet werden mittels einer Handlung, zu deren Vornahme der ersuchte Richter örtlich zuständig ist. Dies ergibt sich unzweideutig aus § 2 FGG. in Verbindung mit § 159 Abs. 2 GVG. Zum Empfang der Ausschlagungserklärung ist aber, wie gesagt, das Nachlaßgericht ausschließlich örtlich zuständig und damit jedes andere Gericht, auch das ersuchte, unzuständig. Auch aus diesem Grund kann der Empfang der Ausschlagungserklärung nicht Gegenstand der Rechtshilfe sein. Wenn das OLG. München aber sagt, das ersuchte Gericht sei zuständig zur „Entgegennahme“ der Ausschlagungserklärung, so kann dabei nur an die Annahme der mündlichen Ausschlagungserklärung zum Zweck ihrer Beurkundung gedacht sein; es sollte damit wohl nicht gesagt werden, daß das ersuchte Gericht Adressat der Ausschlagungserklärung an Stelle des Nachlaßgerichts sein könne. Denn diese Frage war nicht aufgeworfen, sollte deshalb auch nicht beantwortet werden. Kann aber das ersuchte Gericht im Wege der Rechtshilfe nicht Adressat der Ausschlagungserklärung an Stelle des Nachlaßgerichtes werden, so läßt sich auch die bekämpfte Uebung nicht aus dem Wesen und Zweck der Rechtshilfe begründen.

Sie läßt sich auch nicht durch Hinweis auf § 7 FGG. halten. Denn § 7 betrifft nur Handlungen des Gerichts, nicht aber Handlungen Privater, die einem bestimmten, örtlich zuständigen Gericht gegenüber vorzunehmen sind. Durch die gerichtliche Beurkundung einer Ausschlagungserklärung wird aber letztere nicht zu einer „gerichtlichen Handlung“, sondern bleibt, was sie ist, eine Parteierklärung.

Haltbar wäre die erwähnte Uebung dann, wenn es hinsichtlich der Erbschaftsausschlagung eine „Abgabe aus wichtigen Gründen“ und damit eine Uebertragung der örtlichen Zuständigkeit gäbe. Eine solche Abgabe kennt § 46 FGG. für Vormundschaften, Pflegschaften und sonstige Verrichtungen des Vormundschaftsgerichts. Für Nachlaßsachen enthält das FGG. keine dem § 46 entsprechende Bestimmung, mit Ausnahme eines einzigen Falles: § 75 Satz 2 letzter Halbsatz überträgt die Regel des § 46 ausdrücklich auf die Nachlaßpflegschaft; offensichtlich nur deshalb, weil die Nachlaßpflegschaft eben auch eine Pflegschaft ist. Bei allen anderen Verrichtungen des Nachlaßgerichts gibt es keine Abgabe an ein anderes Gericht aus wichtigen Gründen und damit auch keine Uebertragung der örtlichen Zuständigkeit.

Die erwähnte Uebung führt noch Billigkeitsgründe für sich an: es komme oft vor, daß das Nachlaßgericht die Akten durch ein Ersuchen an mehrere Gerichte gibt, so daß sie erst spät wieder zurückkommen, oft erst nach dem Ablauf der Ausschlagungsfrist. In diesem Falle sei es unbillig, die schon lange vor der Rückkunft der Akten zu Protokoll eben dieser Akten erklärte Ausschlagung als ungültig zu behandeln. Aber Billigkeitsgründe sind keine Rechtsgründe, zumal in einer formalen Frage. Außerdem ist es Sache der Beteiligten und nicht des Nachlaßgerichts, für das rechtzeitige Eintreffen der Ausschlagungserklärung bei diesem zu sorgen, wie es denn diesem Gericht überhaupt nicht zukommt, Ausschlagungserklärungen herbeizuführen.

Selbstverständlich schließlich ist, daß durch die bloße Aufnahme des Protokolls des ersuchten Gerichts in die ihm übersandten Akten des Nachlaßgerichts die in jenem Protokoll enthaltene Ausschlagungserklärung noch nicht dem Nachlaßgericht zugeht. Denn die Akten des Gerichts sind nicht das Gericht selbst.

Demnach gilt auch für die zu Protokoll des ersuchten Gerichts erklärte Ausschlagung die Regel, daß sie dem Nachlaßgericht erst zugeht, ihm gegenüber erst erklärt ist, wenn das sie enthaltende Protokoll in den Einlauf des Nachlaßgerichts kommt. Die Beurkundung durch das ersuchte Gericht hat einzig und allein die Bedeutung, daß sie die Form der Ausschlagungserklärung wahrt. Die Beurkundung der Erklärung kann denn auch sehr wohl im Wege der Rechtshilfe erfolgen, denn sie ist eine Handlung des Gerichts.

Die praktische Wichtigkeit der hier behandelten Frage zeigt sich in folgendem:

I. Die Rechtzeitigkeit der Erbschaftsausschlagung richtet sich ausschließlich nach dem Zeitpunkt, in dem das die Ausschlagungserklärung enthaltende Protokoll des ersuchten Gerichts in den Einlauf des Nachlaßgerichts kommt. Ist die Ausschlagungsfrist in diesem Zeitpunkt schon abgelaufen, so ist die Ausschlagung verspätet und ungültig, mag die Frist auch zur Zeit der Protokollaufnahme noch im Lauf gewesen sein. Die bekämpfte Uebung kommt zur entgegengesetzten Entscheidung.

II. Derselbe Zeitpunkt ist maßgebend zur Beantwortung der Frage, ob die Ausschlagung eines gesetzlichen Vertreters wirksam vorgenommen ist. Der gesetzliche Vertreter bedarf, abgesehen von dem aus § 1643 Abs. 2 Satz 2 sich ergebenden Falle, zur Ausschlagung der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung (§§ 1643 Abs. 2 Satz 1, 1822 Ziff. 2 BGB.). Die Ausschlagung ist ein einseitiges Rechtsgeschäft; sie ist also nur dann gültig, wenn bei ihrer Vornahme die erforderliche Genehmigung vorliegt (§§ 1831, 1643 Abs. 3 BGB.). Vorgenommen wird die Ausschlagung in dem Augenblick, in dem die Ausschlagungserklärung beim Nachlaßgericht einläuft. Erst in diesem Augenblick braucht die Genehmigung vorzuliegen.[1]) Wird also die Genehmigung zwar nach der Beurkundung der Ausschlagungserklärung durch das ersuchte Gericht, aber vor

[1]) Vgl. hierzu die Notiz auf S. 408 des 2. Jahrgangs dieser Zeitschrift.

ihrem Einlauf beim Nachlaßgericht erteilt, so ist die Erklärung wirksam. Die bekämpfte Uebung muß folgerichtigerweise jede zu Protokoll des ersuchten Gerichts erklärte Ausschlagung für unwirksam erklären, welcher nicht die erforderliche vormundschaftsgerichtliche Genehmigung vorausging.

III. Nach dem gleichen Gesichtspunkt beantwortet sich die Frage, ob die öffentlich beglaubigte Vollmacht eines gewählten Vertreters, der die Ausschlagung ohne diese Vollmacht erklärt hat, rechtzeitig nachgebracht ist (§ 1945 Abs. 2 BGB.). Sie ist es nur dann, wenn sie innerhalb der Ausschlagungsfrist beim Nachlaßgericht einläuft. Die Ausschlagung ist somit unwirksam, wenn die formgültige Vollmacht zwar dem ersuchten Gericht innerhalb der Frist, nicht aber dem Nachlaßgericht nachgebracht wird. Auch hier muß die bekämpfte Uebung zum entgegengesetzten Ergebnis kommen.

IV. Die zu Protokoll des ersuchten Gerichts abgegebene Ausschlagungserklärung kann bis zu ihrem Eintreffen beim Nachlaßgericht widerrufen werden (§ 130 Abs. 3 BGB. in Verbindung mit Abs. 1 Satz 2 desselben Paragraphen). Bei der erwähnten Uebung kann es einen Widerruf natürlich nicht geben.

Die praktische Bedeutung dieser Fragen wird in Bayern noch dadurch erhöht, daß das Nachlaßgericht die Erben von Amts wegen zu ermitteln hat (Art. 3 des bayer. Ges. vom 9. August 1902 betr. das Nachlaßwesen). Dadurch wird die Vernehmung Beteiligter durch das ersuchte Gericht viel häufiger nötig, als es sonst der Fall wäre. Dazu hat die Entscheidung auch des Nachlaßgerichts darüber, ob eine gültige Erbschaftsausschlagung vorliegt, eine weitgehende Bedeutung. Man denke nur an die dem Nachlaßgericht obliegende Ausstellung des Erbscheins mit seiner hohen Wichtigkeit für den Rechtsverkehr. Je wichtiger aber diese Entscheidung ist, desto notwendiger ist es, sie richtig zu treffen.

B.

Es kommt mitunter vor, daß ein bayerisches Amtsgericht, ohne Nachlaßgericht oder von diesem ersucht zu sein, Erbschaftsausschlagungserklärungen beurkundet. Die so zustande gekommenen Ausschlagungen dürften nicht in richtiger Form erklärt und deshalb nichtig sein.

Die Ausschlagungserklärung ist in öffentlich beglaubigter Form abzugeben (§ 1945 Abs. 1 BGB.). Worin die öffentliche Beglaubigung besteht, bestimmt § 129 BGB., nämlich in der Beglaubigung der Unterschrift oder des Handzeichens. Diese öffentliche Beglaubigung wird ersetzt durch „gerichtliche oder notarielle Beurkundung" (§ 129 Abs. 2) und grundsätzlich nur dadurch, d. h. die in öffentlich beglaubigter Form vorzunehmenden Rechtsgeschäfte bedürfen, wenn sie nicht in dieser Form vorgenommen werden, zu ihrer Gültigkeit der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung. Selbstverständlich kann gerichtliche Beurkundung die öffentliche Beglaubigung nur dann ersetzen, wenn sie überhaupt zulässig ist. Denn § 129 Abs. 2 spricht in demselben Sinne von „gerichtlicher oder notarieller Beurkundung" wie § 126 Abs. 3 und § 128 BGB. es tun. Wie in den Fällen dieser beiden Vorschriften kann auch bei ihm das Landesrecht bestimmen, daß zur Beurkundung entweder nur die Gerichte oder nur die Notare zuständig sind. Es „bedürfen" nämlich, wie schon gesagt, die an sich in öffentlich beglaubigter Form vorzunehmenden „Rechtsgeschäfte nach den Vorschriften des BGB. gerichtlicher oder notarieller Beurkundung" insofern, als sie nicht in ihrer eigenen Form erfolgen. Insofern fallen sie also unter den Vorbehalt des Art. 141 EG. z. BGB. § 129 Abs. 2 hat somit nicht etwa die Bedeutung, daß er die Zuständigkeit der Gerichte zu der die öffentliche Beglaubigung ersetzenden Beurkundung ein für allemal begründete.

Die bayerische Gesetzgebung hat von der Ermächtigung des Art. 141 EG. z. BGB. Gebrauch gemacht; ebenso von der weiteren des § 191 Abs. 2 FGG., demzufolge das Landesrecht die durch § 167 Abs. 2 FGG. begründete Zuständigkeit der Amtsgerichte zur öffentlichen Beglaubigung einer Unterschrift oder eines Handzeichens ausschließen kann. Art. 167 des Bayer. AG. z. BGB. bestimmt nämlich in Ziff. 1 Abs. 2 letztem Satz: „Die Amtsgerichte sind nicht zuständig für die Beurkundungen, die nach den Vorschriften der Reichsgesetze durch ein Gericht oder einen Notar zu bewirken sind, sowie für öffentliche Beglaubigung einer Unterschrift oder eines Handzeichens". Die bayerischen Amtsgerichte sind also schlechthin unzuständig zur Beglaubigung einer Erbschaftsausschlagungserklärung; sie sind aber auch grundsätzlich unzuständig zur Beurkundung einer solchen Erklärung.

Von dieser Unzuständigkeit zur Beurkundung der Ausschlagungserkärung gibt es indessen eine Ausnahme. Durch § 129, insbesondere Abs. 2 BGB. soll nämlich nicht ausgeschlossen werden, daß die in öffentlich beglaubigter Form einer Behörde gegenüber abzugebende Erklärung auch gültig unmittelbar zu Protokoll eben dieser Behörde abgegeben, also von ihr beurkundet werden kann (vgl. Planck, 3. Aufl. Bd. I S. 233; gemeinschaftliche Bek. der bayer. Min. der Justiz und des Innern vom 18. Januar 1902, JMBl. 1902 S. 308 ff.). Die Ausschlagungserklärung ist nun dem Nachlaßgericht gegenüber abzugeben. Deshalb kann sie auch zu Protokoll dieses Gerichts gültig erfolgen, von ihm beurkundet werden. Diese seine Zuständigkeit zur Beurkundung — und nur diese, s. oben — kann das Nachlaßgericht im Wege der Rechtshilfe auf das von ihm um Beurkundung der Erklärung Beteiligter ersuchte Gericht übertragen, da die Beurkundung durch das ersuchte Gericht der Beurkundung durch das ersuchende

Nachlaßgericht rechtlich gleichsteht. Vgl. die oben angeführte Entscheidung des OLG. München.

In Bayern ist also immer nur das im konkreten Falle örtlich zuständige Nachlaßgericht und das von ihm ersuchte Gericht zur Beurkundung einer Erbschaftsausschlagung sachlich zuständig. Jede durch ein anderes bayerisches Amtsgericht beurkundete Ausschlagungserklärung entbehrt der vorgeschriebenen Form und ist deshalb nichtig (§ 125 BGB.).

Auch hier kann § 7 FGG. zur Begründung der Gültigkeit nicht angeführt werden. Denn er handelt nur von der örtlichen Unzuständigkeit; die hier in Frage stehende Unzuständigkeit der bayerischen Amtsgerichte ist aber, wie erwähnt, die sachliche.

Mitteilungen aus der Praxis.

Zur Auslegung der §§ 1117, 1163 Abs. 2 BGB. Das Reichsgericht nimmt in seiner Bd. 63 S. 14 abgedruckten Entscheidung vom 2. März 1906 an, im Falle der Pfändung einer Eigentümerbriefgrundschuld, welche in Gemäßheit der Vorschriften der §§ 1117, 1163, 1177 BGB. dadurch entstanden war, daß der Grundstückseigentümer nach Bestellung einer Hypothek den Brief dem als Gläubiger Eingetragenen nicht übergeben hat, könne letzterer dem Pfändungsgläubiger gegenüber nicht mit Erfolg geltend machen, der Eigentümer habe sich ihm zur Uebergabe des Briefs vertraglich verpflichtet. Diese Verbindlichkeit charakterisiere sich, so meint der höchste Gerichtshof, als eine rein persönliche, berühre nicht unmittelbar das dingliche Recht und stelle sich nicht als eine Einschränkung dieses Rechts dar, sie gehe, wenn der Hypothekbesteller die Grundschuld veräußere, auf seinen Singularsukzessor nicht über; sein Vertragsbruch rechtfertige dem Erwerber gegenüber keinen Einwand. Dasselbe müsse bei Gleichartigkeit der Rechtslage von der Pfändung und Ueberweisung gelten.

Ich kann der Auffassung und Entscheidung des Reichsgerichts nicht beitreten. Die §§ 1117 und 1163 Abs. 2 besagen, daß die Briefhypothek bei Zurückbehaltung des Hypothekenbriefs durch den Grundstückseigentümer diesem nicht unbeschränkt, sondern nur bis zur Uebergabe des Briefs an den Gläubiger zusteht. Das Recht des Eigentümers ist mithin ein begrenztes im Sinne der §§ 158 Abs. 2, 163 a. a. O.; es trägt den Keim der Auflösung in sich.[1]) Daraus folgt, daß jede Verfügung, die er in der Zwischenzeit über die Hypothek trifft, bei dem Zeitablauf oder Eintritt der Bedingung insoweit der Wirksamkeit entbehrt, als sie die von dem Endtermin (Bedingung) abhängige Wirkung vereiteln oder erschweren würde. Das gleiche gilt von einer Verfügung, die im Wege der Zwangsvollstreckung zwischenzeitlich erfolgt. (§§ 161, 163 das.). Freilich die Unwirksamkeit ist nur für den Fall des Eintritts der Bedingung oder des Termins bestimmt. Sie setzt also hier voraus, daß der Brief dem Eingetragenen von dem Grundstückseigentümer übergeben ist. Solche Uebergabe hat nun allerdings nicht stattgefunden, weil der Pfändungsgläubiger den Brief inzwischen weggenommen hat. Ist die Uebergabe als Bedingung[1]) und nicht bloß als Zeitbestimmung gesetzt, so verhindert der Grundstückseigentümer, der die Pfändung nicht abwendet, den Eintritt schuldhaft wider Treu und Glauben; die Bedingung gilt deshalb als eingetreten (§ 162 BGB.). Ebenso wie die Partei muß sich auch der Pfändungsgläubiger behandeln lassen. Er muß wissen und weiß es, daß der Buchung der Hypothek ein persönliches Schuldverhältnis zugrunde liegt und daß die Ausantwortung des Briefes an den Eingetragenen nach Maßgabe dieses Verhältnisses zu erfolgen hat, daß also das Hypothekenrecht des Grundstückseigentümers von vornherein nur als ein begrenztes und beschränktes besteht und mit der Uebergabe des Briefes an den Eingetragenen sein Ende erreicht.

Liegt nur eine Zeitbestimmung vor, so wird man davon ausgehen müssen, daß das Hypothekenrecht des Grundstückseigentümers in dem Zeitpunkte von selbst wegfällt, in dem der Brief nach der Parteiintention dem Eingetragenen ausgehändigt werden mußte (SA. 85 S. 112; RG. Bd. 2 S. 144).

Auf den öffentlichen Glauben des Grundbuchs kann sich der Pfändungsgläubiger ohnehin nicht berufen (RG. 59 S. 315). Die Berufung wäre aber auch bei rechtsgeschäftlichem Erwerbe ausgeschlossen, weil die Verfügungsbeschränkung des Grundstückseigentümers durch die Eintragung eines anderen Gläubigers aus dem Grundbuche ersichtlich und dem Erwerber auch durch den Briefinhalt bekannt ist.

Justizrat Bendix in Breslau.

Erbrecht zwischen eingekindschafteten Stiefgeschwistern nach fränkischem Landrecht.[2]) Nach § 1925 BGB. erben die Geschwister nur als Abkömmlinge der Eltern, während nach gemeinem Rechte die Stiefgeschwister durch die rechten Geschwister vollständig ausgeschlossen waren, besteht nach dem BGB. neben dem Erbrechte der vollbürtigen Geschwister auch ein solches der halbbürtigen Geschwister, wobei jedoch die vollbürtigen Geschwister vor den halbbürtigen die doppelte Anwartschaft haben; d. h. sie erben, wenn beide Eltern vorverstorben sind, von jeder auf die beiden Elternteile treffenden Hälfte den entsprechenden Stammteil, während die halbbürtigen Geschwister nur den entsprechenden Anteil von dem auf den einen gemeinschaftlichen Elternteil treffenden Teil erben. Die Frage ist nun die, ob an diesem gesetzlichen Erbrechte durch die Einkindschaftung nach fränkischem Landrechte etwas geändert wird, ob also eingekindschaftete Halbgeschwister bei Beerbung eines Stiefgeschwisters den vollbürtigen Geschwistern gegenüber gleichstehen oder nicht?

Die Praxis der Nachlaßgerichte in dieser Richtung ist keine einheitliche. Sie stehen teils auf dem Stand-

[1]) Vgl. Bendix in Seufferts Bl. 1902 S. 537. Die für die rechtsgeschäftlichen Bedingungen gegebenen Vorschriften können hier um so mehr Anwendung finden, als die fraglichen Beschränkungen der Rechtsstellung des Eigentümers zwar zunächst unmittelbar auf dem Gesetze beruhen, aber auch als durch den Parteiwillen gesetzt gelten müssen.

[1]) Planck S. 587 Anm. 4 c zu § 1176 BGB. nimmt Resolutivbedingung an.

[2]) Vgl. auch die Mitteilung auf S. 128 dieses Jahrgangs der Zeitschrift.



punkte, daß die Einkindschaftung keinerlei Einfluß auf die erbrechtliche Stellung der eingekindschafteten Kinder gegenüber den Stiefgeschwistern hat, teils auf dem anderen Standpunkte, daß durch die Einkindschaftung eine Gleichstellung der Kinder aus den verschiedenen Ehen herbeigeführt wird, diese also gegeneinander ein gleichgroßes Erbrecht erwerben. In einer oberstrichterlichen Entscheidung vom 24. Juli 1905 (Bl. f. RA. 1905 S. 678) ist unter Anführung früherer Entscheidungen und verschiedener Autoren für das Eichstätter Recht der Grundsatz ausgesprochen, daß die eingekindschafteten Kinder nur gegenüber dem Stiefparens als leibliche Kinder gelten, nicht aber untereinander als leibliche Geschwister.

Eine Entscheidung des OLG. Bamberg vom 19. Mai 1906 (vgl. II. Jahrgang dieser Zeitschrift S. 467) beschäftigt sich nicht direkt mit der hier angeregten Frage, sondern mit der Ausgleichungspflicht. Allein die dort ausgeführten Rechtsgrundsätze dürften auch für die vorliegende Frage von Bedeutung sein. Nach fränkischem Landrecht erstreckt sich die Einkindschaft nur auf die Kontrahenten des Einkindschafts-Vertrags, gewöhnlich also nur auf Vater, Mutter und unierte Kinder; es können allerdings auch andere Aszendenten beitreten. Auf andere als die Personen des Einkindschaftsvertrags übt die Einkindschaftung durchaus keine Wirkung aus. Die Einkindschaft erzeugt deshalb auch keine Geblüts- und Agnationsrechte zwischen zwei von den Ehegatten zusammengebrachten Kindern (Schelhaß, Würzburger LR. S. 106, 121 ff.). Auch ein näheres als das gesetzliche Erbrecht wird unter den eingekindschafteten Geschwistern durch die Einkindschaft nicht begründet (Roth, bayer. ZR., II. Aufl. Bd. 1 § 93 a. E. S. 568). Mit dem Tode des zuletzt versterbenden, einkindschaftenden Elternteiles wird das Rechtsverhältnis zwischen diesem und den Stiefkindern gelöst. Erfolgt der Tod nach dem Inkrafttreten des BGB., so ist dieses für die erbrechtlichen Verhältnisse maßgebend (vgl. die oben zit. Entsch. des OLG. Bamberg). Hiernach bestehen also zwischen den eingekindschafteten Stiefgeschwistern keinerlei andere als die gesetzlichen Erbrechte. Ihre Gleichstellung gegenüber dem Nachlaß eines verstorbenen Geschwisters ist durch die Einkindschaftung nicht begründet. Es erben vielmehr in solchen Fällen die rechten Geschwister doppelt, nämlich in jedem auf ihre mit dem verstorbenen Geschwister gemeinsamen Eltern treffenden Anteile, welcher die Eltern treffen würde, falls sie noch am Leben wären; hingegen erben die Stiefgeschwister nur an dem Anteile mit, welcher auf den ihnen mit ihren eingekindschafteten Stiefgeschwistern gemeinsamen Elternteile treffen würde, falls dieser noch leben würde.

Rechtsanwalt Dr. J. B. Then in Würzburg.

Zur Bewertung vollstreckbarer Ausfertigungen von Notariatsurkunden. Der Abs. 2 des Art. 173 des GebG. in der Fassung der Bekanntmachung vom 11. November 1899 hatte bisher gelautet:

„Für die vollstreckbare Ausfertigung von Urkunden über die Bestellung einer Hypothek, einer Grundschuld oder einer Rentenschuld (§§ 799, 800 der ZPO.) sowie für andere Ausfertigungen oder beglaubigte Abschriften beträgt die Gebühr 50 Pfennig."

Dieser Abs. 2 wurde durch die Novelle zum GebG. vom 20. August 1906 in folgender Weise abgeändert:

„Für die vollstreckbare Ausfertigung von Urkunden über einen Anspruch, für welchen eine Hypothek, Grundschuld oder Rentenschuld besteht, sowie für andere Ausfertigungen oder beglaubigte Abschriften beträgt die Gebühr 50 Pfennig."

Anlaß zu dieser Aenderung war die Absicht, den Hypothekenverkehr zu erleichtern, eine Absicht, die auch bereits in verschiedenen Entscheidungen des Obersten Landesgerichts zutage getreten war.

Dieser Zweck wird zwar durch die neueste Fassung des Abs. 2 des Art. 173 des GebG. in dem gewünschten Umfange erreicht; dagegen tritt eine Erschwerung des Hypothekenverkehrs nach einer anderen Richtung ein, da gemäß dieser Vorschrift die ermäßigte Gebühr von 50 Pfennigen für Erteilung einer vollstreckbaren Ausfertigung nur dann gewährt werden kann, wenn es sich um Urkunden über einen Anspruch handelt, für welchen eine Hypothek bereits besteht. In den zahlreichen Fällen dagegen, in welchen eine vollstreckbare Ausfertigung von Urkunden über die Bestellung einer Hypothek erteilt wird, muß wohl nach der allgemeinen Vorschrift des Abs. 1 des Art. 173 des GebG. eine Gebühr von 1 vom Tausend der Gegenstandssumme zur Erhebung kommen.

Diese Gebühr ist daher in allen denjenigen Landesteilen, in welchen das Grundbuch bereits als angelegt erklärt worden ist, vom 1. September 1906 an — dem Tage des Inkrafttretens der Gebührennovelle — zu erheben.

In denjenigen Landesteilen aber, in denen das Grundbuch noch nicht als angelegt erklärt ist, hat bei der gebührenrechtlichen Bewertung von vollstreckbaren Ausfertigungen von Hypothekenurkunden noch die Vorschrift des Art. 132 Abs. 2 des alten GebG. in der Fassung vom Jahre 1892 maßzugeben, da Art. 299 des GebG. n. F. bestimmt, daß in Ansehung der Hypothekenurkunden, welche in der Zeit vor Anlegung des Grundbuches errichtet werden, die bisherigen Vorschriften über die Gebühren für vollstreckbare Ausfertigungen in Kraft bleiben und Art. 299 des GebG. durch die Novelle eine Aenderung nicht erfahren hat.

Als Hypothekenurkunden im Sinne dieser Gesetzesstelle sind außer den Urkunden, die lediglich über die Bestellung einer Hypothek errichtet werden, auch solche anzusehen, in denen eine Hypothekbestellung im Anschlusse an die Beurkundung eines anderen Rechtsgeschäftes zur Sicherung der Erfüllung der in diesem versprochenen Leistung erfolgt, und denen der hypothekenamtliche Vollzugsvermerk beigefügt ist. (Beschl. des ObLG. vom 6. März 1906, Bd. VII S. 126, 129, 132 und vom 20. März 1906, Bd. VII S. 164).

Soweit dagegen die Urkunden lediglich eine Abänderung bestehender Hypotheken betreffen, z. B. Aenderungen von Zins- und Zahlungsbestimmungen, ohne daß eine Eintragung dieser Aenderung im Hypothekenbuche erfolgt, sind diese Urkunden nicht als Hypothekenurkunden zu erachten und ihre vollstreckbare Ausfertigung ist nach Art. 132 Abs. I des GebG. in der Fassung vom Jahre 1892, also mit 1 vom Tausend der Gegenstandssumme zu bewerten.

Demnach beträgt die Gebühr für die Erteilung einer vollstreckbaren Ausfertigung einer Hypothekenurkunde, worunter zweifellos auch die Urkunde über

die **Bestellung einer Hypothek** zu rechnen ist, in denjenigen Landesteilen, in denen das Grundbuch noch nicht als angelegt erklärt ist, nach Art. 132 Abs. 2 des Gesetzes über das Gebührenwesen in der Fassung vom Jahre 1892 nur 50 Pfennig.

Wir haben sohin in Bayern bezüglich der Bewertung von vollstreckbaren Ausfertigungen folgenden Rechtszustand:

1. **Bei Urkunden, in denen eine Hypothek bestellt wird;** ist

a) in den Landesteilen, in welchen das Grundbuch als angelegt erklärt ist, die Gebühr mit 1 vom Tausend der Gegenstandssumme;

b) in den Landesteilen, in welchen das Grundbuch noch **nicht** als angelegt erklärt ist, eine Gebühr von 50 Pfennigen zu erheben.

2. **Bei Urkunden über einen Anspruch, für welchen eine Hypothek besteht,** beträgt:

a) in den Landesteilen, in welchen das Grundbuch als angelegt erklärt ist, die Gebühr 50 Pfennige;

b) in den Landesteilen, in welchen das Grundbuch noch nicht als angelegt erklärt ist, die Gebühr 1 vom Tausend der Gegenstandssumme.

Notariatspraktikant Julius **Hilpert** in Lauf.

Zu § 420 StPO. Kann die Vergleichsbehörde dem Privatkläger das Sühneattest erteilen, wenn in dem Sühnetermin zwischen den Parteien ein bedingter Vergleich zustande kam, der Privatbeklagte aber die übernommene Verpflichtung nicht in der im Vergleich bestimmten Zeit erfüllt hat und wie kann sich der Privatkläger Genugtuung verschaffen? A. gibt seinem Rechtsbeistande Auftrag, Schritte zu tun, um gegen den in demselben Gemeindebezirk wohnenden B. Privatklage und Strafantrag wegen Beleidigung stellen zu können. Auf das der Vergleichsbehörde zugeleitete Gesuch des Rechtsanwalts wird ein Sühnetermin anberaumt, in welchem beide Parteien erscheinen. Zwischen ihnen kommt folgender Vergleich zustande. „B. nimmt die beleidigenden Aeußerungen unter dem Ausdruck des Bedauerns zurück und verpflichtet sich, binnen 8 Tagen eine diesbezügliche schriftliche Erklärung an A. abzugeben. A. verzichtet nach Vollzug dieses Vergleichs auf Strafantrag und Klagestellung". Der Sühnetermin war also von Erfolg begleitet. Allein die dem B. gesteckte Frist verläuft, ohne daß ihm einfällt, die Verpflichtung zur Abgabe der schriftlichen Erklärung einzuhalten. Dem A. ist somit sein Recht auf Privatklage und Strafantrag erhalten. Um sich Genugtuung zu verschaffen, kann A. zwei Wege einschlagen, entweder er stellt Zivilklage gegen B. auf Abgabe der Willenserklärung oder — und dies ist der Weg, den ich für zweckmäßiger halte — er stellt an die Vergleichsbehörde unter Hinweis auf die bereits vorgenommene Sühne ein Gesuch um Anberaumung eines neuen Sühnetermins, in welchem er einen Vergleich auf Grund der gemachten schlimmen Erfahrungen entschieden ablehnt und dann Privatklage erhebt. Was die Zivilklage anlangt, mit der Widerruf und Abbitte in Erfüllung des Vergleichs begehrt wird, so ist zu prüfen, ob dieser nicht etwa der § 11 EG. z. StPO. entgegensteht. Durch diese Bestimmung wurde — ganz abgesehen davon, daß in Bayern die gleiche Rechtslage schon durch Art. 97 EG. z. StGB. geschaffen war — neben der actio injuriarum aestimatoria auch die actio recantatoria wie überhaupt jede Klage auf Abbitte, Widerruf, Ehrenerklärung und dgl. beseitigt (vgl. Hahn, Materialien z. StPO., Abt. 1 S. 1172). Auch die Motive z. BGB. Bd. II S. 750 sprechen sich dahin aus, daß mit einer Zivilklage nur Ersatz des durch die Beleidigung verursachten Schadens gemäß §§ 823, 824, 826 BGB., nicht aber Widerruf und Abbitte begehrt werden kann (s. auch das Urt. des 6. ZS. des RG. vom 9. Januar 1905 RGE. Bd. 60 Nr. 4 S. 12 bis 20, worin auf S. 19 der Klageanspruch als unstatthaft erklärt wird, insoweit er den Zweck verfolgt, der Klägerin Genugtuung für die ihr zugefügte Beleidigung zu verschaffen, da hierzu allein der Weg der strafrechtlichen Verfolgung des Beklagten offen stehe). Allein diese Ausführungen treffen auf unsern Fall nicht zu, § 11 EG. z. StPO. kann nicht zur Abweisung der Zivilklage führen; denn in dem der Beurteilung des Reichsgerichts unterlegenen Streite war ohne weiteres Widerruf und Abbitte auf Grund des Tatbestandes verlangt, hier handelt es sich aber nicht um die actio recantatoria als solche, es wird vielmehr nur auf Erfüllung des Vergleichs geklagt. Hier ist zu vergleichen die RGE., Bd. 42 S. 60 ff., Urt. d. 4. ZS. vom 24. Oktober 1898, worin der Grundsatz ausgesprochen ist, daß zur Erfüllung eines vor dem Sühnebeamten abgeschlossenen Vergleichs, inhaltlich dessen sich der Antragsberechtigte dem Täter oder einem Dritten gegenüber zur Nichtstellung oder Zurücknahme des Strafantrags verpflichtet, mit der Zivilklage die Abgabe dieser Willenserklärung begehrt werden kann. Und wie die vertragsmäßige Aufhebung des Privatklagerechts nach dieser Entscheidung unbedenklich zulässig ist, so kann auch in Erfüllung eines solchen Vergleichs selbstverständlich nicht nur der Beleidiger auf Nichtstellung oder Zurücknahme von Privatklage und Strafantrag klagen oder der trotzdem erhobenen Privatklage den Einwand des Vergleichs mit Erfolg entgegensetzen, sondern es kann auch der Beleidigte Klage auf Abgabe der Ehrenerklärung stellen. Die Zwangsvollstreckung erfolgt dann, falls nicht § 894 ZPO. Platz greift, nach § 888 l. c. (vgl. die angezogene Entscheidung Bd. 42 S. 65). Im vorwürfigen Falle hat der Rechtsanwalt des A. den zweiten oben vorgeschlagenen Weg beschritten. Der mit der Vornahme des Sühneversuchs betraute städtische Beamte hat jedoch zunächst erklärt, es bedürfe keiner Anberaumung eines Sühnetermins, er stelle auch so ein Zeugnis über die erfolglos versuchte Sühne aus, mit der Begründung, der Sühneversuch sei um deswillen erfolglos verlaufen, weil B. seine übernommene Verpflichtung nicht erfüllt habe. Allein mit Unrecht! Schon die logische Auslegung des § 420 StPO. spricht gegen diese Auffassung. Es heißt dort: „Nachdem die Sühne erfolglos versucht worden ist"; allein da A. und B. in dem Sühnetermin einen bedingten Vergleich geschlossen haben, verlief eben der Versuch, im Wege des Vergleichs das Klagerecht des A. zu beseitigen, nicht erfolglos. Was B. nach dem erzielten Vergleich tut, darüber hat der Sühnebeamte nicht zu befinden; er ist unter keinen Umständen berechtigt, da im Termine eine Sühne geboten und angenommen wurde, wegen Nichterfüllung des Vergleichs nachträglich ein Sühneattest auszustellen. Des weiteren steht aber auch die gesetzliche Interpretation mir zur Seite; denn die hier maßgebende bayer. Ministerialbekanntmachung vom 5. August 1879 (den Vollzug des GVG. und des AG. hiezu, hier die Vergleichsbehörden in Beleidigungssachen betr.) sagt in Ziff. 4:

„Als erfolglos ist der Sühneversuch anzusehen: a) wenn beide Teile erschienen sind, eine Versöhnung zwischen denselben aber nicht zustande gebracht wurde, b) wenn zwar der Kläger im Termine erschienen, die beklagte Partei aber ausgeblieben ist", und in Ziff. 5: „Das Zeugnis hat ausdrücklich festzustellen, welche der unter Ziff. 4 a und b angeführten Voraussetzungen im einzelnen gegeben war." Die gleichen Erfordernisse stellt auch Löwe in seinem Kommentar zur StPO. 11. Aufl. 1904 S. 868 Anm. 6 zu § 420 l. c. auf. Keinem von ihnen ist genügt, die Erteilung eines Sühneattestes also unzulässig. Der betreffende Beamte hat sich übrigens nachträglich zu dieser Auffassung bekehrt und unter Anberaumung eines neuen Sühnetermins von seiner ursprünglich geäußerten Absicht, auf Grund des ersten Sühnetermins das Sühneversuchszeugnis auszustellen, Abgang genommen Es zeigt der ganze Vorfall aber nur, wie leicht in dieser Frage Zweifel auftauchen können, und daß eine nähere Prüfung die Möglichkeit ergibt, die zwei vorbezeichneten Wege einzuschlagen.

Rechtsanwalt Godron in Kitzingen.

Aus der Praxis der Gerichte.

Reichsgericht.

A. Freiwillige Gerichtsbarkeit.

Dorftestament. Feststellung der Erklärung des Erblassers, daß er nicht schreiben könne (BGB. §§ 2249, 2242). Am 23. November 1906 hat die Witwe M. R. vor dem Gemeindevorsteher ein Testament errichtet, in welchem sie die R. H. zu O. als Erbin einsetzte und einige Vermächtnisse anordnete. Zur Aufnahme des Protokolls wurde ein gedrucktes Formular benutzt, das am Schlusse in zwei Absätzen den Vordruck für die Feststellung der Belehrung über die zeitlich beschränkte Wirksamkeit des Testaments enthält und im letzten Absatze den Vordruck für die Feststellung, daß das Protokoll vorgelesen, von der Erblasserin genehmigt und von ihr und den mitwirkenden Personen eigenhändig unterschrieben worden sei. Der oberhalb dieses Vordrucks befindliche, für die letztwilligen Anordnungen bestimmte Raum wurde durch die Verfügungen der Erblasserin vollständig ausgefüllt. Neben dem Vordruck und zwar in Höhe des vorletzten Absatzes oberhalb der auf die Vorlesung, Genehmigung und Unterzeichnung bezüglichen Worte des letzten Absatzes schrieb der Gemeindevorsteher auf den Rand folgenden Vermerk: „Es wird hiermit konstatiert, daß die Erblasserin des Schreibens nicht mehr mächtig ist." In Uebereinstimmung damit wurde der auf die Unterzeichnung bezügliche Vordruck geändert. Nach dem Tode der Witwe R. erteilte das Nachlaßgericht, nachdem es über den Hergang bei der Testamentserrichtung Zeugen vernommen hatte, der in dem Testamente eingesetzten Erbin einen Erbschein. Es nahm dabei an, daß die Erblasserin bei der Errichtung des Testaments gesagt habe, sie könne nicht mehr schreiben und daß der Randvermerk im Anschluß an die letztwilligen Anordnungen von dem Gemeindevorsteher vorgelesen und von der Erblasserin genehmigt worden sei. Die in dem Testamente nicht bedachte Tochter der Erblasserin legte gegen die Verfügung des Nachlaßgerichts Beschwerde ein. Das LG. erklärte die Beschwerde für zulässig, wies sie jedoch unter Billigung der Feststellungen des Nachlaßgerichtes als unbegründet zurück. Die Beschwerdeführerin erhob weitere Beschwerde. Das Oberste Landesgericht legte die Beschwerde dem Reichsgerichte vor, wobei es ausführte: Es erachte das Testament für gültig. Daß der Randvermerk ein Bestandteil des Protokolls sei, habe das LG. ohne Gesetzesverletzung angenommen, ebenso sei ohne Verletzung einer Rechtsnorm festgestellt, daß die in dem Protokoll enthaltene Feststellung, das Protokoll sei vorgelesen und von der Erblasserin genehmigt worden, sich auch auf den Randsatz beziehe. In der Feststellung, daß die Erblasserin den Randvermerk genehmigt habe, liege auch die Feststellung, daß die Erblasserin erklärt habe, nicht schreiben zu können. Der Vorschrift des § 2242 Abs. 2 BGB. sei demnach genügt. Das Kammergericht habe jedoch in zwei Beschlüssen vom 28. Mai 1900 und 18. Mai 1903 (Jahrb. des KG. Bd. 20 S. 130 u. Bd. 26 S. 42) die Feststellung der Urkundsperson, daß der Erblasser nicht schreiben könne, für ungenügend erklärt, auch wenn sie mit dem Protokoll vorgelesen und von dem Erblasser genehmigt worden sei. Diese Beschlüsse hinderten, eine auf der entgegengesetzten Rechtsansicht beruhende Entscheidung zu treffen, denn die in dem Urteile des Reichsgerichts vom 7. Januar 1904 (Entsch. Bd. 56 S. 368, 369) enthaltene Aeußerung könne nicht als eine über die Rechtsfrage schon ergangene Entscheidung angesehen werden. Das Reichsgericht hat die weitere Beschwerde mit nachstehender Begründung zurückgewiesen.

Die Voraussetzungen des § 28 Abs. 2 FGG. sind gegeben. Zwar ist der Beschluß des Kammergerichts vom 28. Mai 1900 zu § 177 FGG., nicht zu § 2242 BGB. ergangen, und die Entscheidung vom 18. Mai 1903, die zu § 2242 erging, hing nicht von der Frage ab, ob die Feststellung der Erklärung des Erblassers, nicht schreiben zu können, in der Feststellung gefunden werden könne, daß das Protokoll vorgelesen und von dem Erblasser genehmigt worden sei. Immerhin ist in dem Beschlusse vom 18. Mai 1903 ausgesprochen, daß die Ausführungen des Beschlusses vom 28. Mai 1900 auch für die Testamentserrichtung zu gelten hätten und daß die fehlende Unterschrift des Erblassers auf keine andere Weise ersetzt werden könne, als durch die Angabe, der Erblasser habe erklärt, nicht schreiben zu können.

Der Auffassung des Obersten Landesgerichts ist beizutreten. Allerdings bedarf es, wenn der Erblasser das über die Errichtung des Testaments aufgenommene Protokoll nicht unterschreibt, in dem Protokoll der Feststellung, der Erblasser habe erklärt, daß er nicht schreiben könne (§ 2242 Abs. 2, § 2249 BGB.). Allein es ist nicht erforderlich, daß die Feststellung gerade mit den Worten getroffen wird: „Der Erblasser erklärte, daß er nicht schreiben könne." Es genügt, wenn die Erklärung überhaupt aus dem Protokoll zu entnehmen ist. So ist nicht zu beanstanden, daß das Oberlandesgericht zu Dresden in einem Beschlusse vom 7. September 1905 (ZBlFG. 6 S. 48) angenommen hat, die Worte: „Der Erblasser hat nicht unterschrieben, weil er des Schreibens unkundig sei" ließen die Auslegung zu, daß damit die Erklärung des Erblassers, nicht schreiben zu können, festgestellt worden sei, ferner, die Erklärung nicht schreiben zu können könne in der Feststellung gefunden werden, der Erblasser habe, weil des Schreibens unkundig, das Protokoll mit seinem Handzeichen versehen (vgl. Beschluß des Oberlandesgerichts zu Hamburg vom 18. November 1904, RJA. Bd. 5 S. 48). Daß auch in der Feststellung der Genehmigung des Testamentstextes, der die objektive Feststellung der Schreibunfähigkeit des Erblassers enthält, die Feststellung gefunden werden kann, der Erblasser habe erklärt, nicht schreiben zu können, hat das Reichsgericht in dem Urteile vom 7. Januar 1904, das mit einer Entscheidung vom 1. Dezember 1902 übereinstimmt (JW. 1903, Beil. S. 30 Nr. 60) schon ausgesprochen. Es besteht kein Anlaß davon abzugehen. Demnach unterliegt es keinem Bedenken, daß das LG.

angenommen hat, die Erklärung der Erblasserin, nicht schreiben zu können, sei festgestellt in dem Satze, der die Angabe enthält, die Erblasserin habe das Protokoll genehmigt. Ob nicht sogar hätte angenommen werden dürfen, der Satz: „Es wird konstatiert, daß die Erblasserin des Schreibens nicht mehr mächtig ist," sei dahin zu verstehen, es werde konstatiert, daß die Erblasserin nach ihrer Angabe des Schreibens nicht mehr mächtig sei, bedarf hiernach keiner Entscheidung. (Beschl. des IV. ZS. vom 21. März 1907, B. V, 58/07). W.

877

B. Zivilsachen.

I.

Zu § 823 BGB. Unterläßt eine Stadtgemeinde die Erfüllung ihrer Verpflichtung zur Beseitigung des Glatteises auf einer Brücke, so ist die Unterlassung nicht schuldhaft und verpflichtet nicht zum Schadensersatze, wenn die Gemeinde — sei es auch infolge eines Rechtsirrtums — die Verbindlichkeit nicht kannte und wenn die Unkenntnis nicht auf Fahrlässigkeit beruhte.

Aus den Gründen: Das BerGer. läßt es dahingestellt, ob die Verpflichtung, auf dem Gehsteige der H.-Brücke das Glatteis zu beseitigen, nach den gesetzlichen Vorschriften am Tage des Unfalls der beklagten Stadtgemeinde oder dem Kreise oblag. Es bezeichnet die Entscheidung dieser Frage als schwierig und legt dar, daß, selbst wenn jene Verpflichtung die Beklagte getroffen hätte, ein Verschulden nicht vorliege, weil sie habe annehmen können, daß den Kreis die Verpflichtung treffe. Es stellt fest, daß der Kreis die Beseitigung des Eises seit mehreren Jahren ununterbrochen hat bewirken lassen, und daß der Kreis und die Beklagte der Ansicht waren, daß die Verpflichtung ersteren treffe. Die Revision meint, der Irrtum einer Gemeinde über eine öffentlich-rechtliche Verpflichtung könne nicht entschuldbar sein. Die Rüge ist nicht begründet. Die Nichterfüllung der streitigen Verpflichtung rechtfertigt den Anspruch auf Ersatz des Schadens nur, wenn sie schuldhaft — fahrlässig — war (BGB. § 823). Fahrlässig war sie nicht, wenn die Beklagte die Verpflichtung nicht kannte und wenn die Unkenntnis nicht Folge einer Fahrlässigkeit war. Dabei ist es grundsätzlich ohne Bedeutung, ob die Unkenntnis auf einem Irrtum tatsächlicher Art oder auf einem Rechtsirrtum beruhte, da das BGB. beide Arten des Irrtums im wesentlichen gleich behandelt; entscheidend ist, ob der Irrtum nach den Grundsätzen über die im Verkehr erforderliche Sorgfalt entschuldbar war oder nicht. In dieser Beziehung wird man freilich strengere Anforderungen stellen müssen, wenn es sich um einen Rechtsirrtum, namentlich um den Irrtum über den Inhalt einer gesetzlichen Vorschrift handelt. Nach der Feststellung des BerGer. hat der Kreis jahrelang — und zwar gerade auf Veranlassung eines städtischen Polizeibeamten — für die Beseitigung des Eises auf der H.-Brücke gesorgt. Danach haben der Kreis und die Beklagte sich auf den Standpunkt gestellt, daß nach dem Gesetze jenem die Pflicht zur Beseitigung des Eises obliege. Bei dieser Sachlage geht das BerGer. mit Recht davon aus, die Beklagte habe begründeten Anlaß zu der Annahme gehabt, daß nicht ihr die Verpflichtung obliege, und die Annahme sei, auch wenn irrig, unverschuldet (Urt. des VI. ZS. vom 4. März 1907, VI. 269/06). — — — n.

866

II.

Zu §§ 123, 141, 142, 144 BGB., 271 ZPO. Wer Widerklage aus einem anfechtbaren Vertrage auf Schadensersatz erhebt, sodann den Vertrag wegen Betrugs anficht, die Anfechtung aber wieder zurücknimmt, hatte den Vertrag schon durch die Widerklage bestätigt und kann daher Schadensersatz endgültig fordern.

Aus den Gründen: Der Kläger hatte geltend gemacht, die Beklagten könnten einen Schadensersatzanspruch auf Grund des Vertrages überhaupt nicht mehr erheben, weil sie am 15./16. Januar 1903 die Anfechtung des Vertrages erklärt und dadurch seine Nichtigkeit nach § 142 BGB. herbeigeführt hätten, ein nichtiger Vertrag aber könne nicht durch Zurücknahme der Anfechtung, sondern nur durch erneute Vornahme nach § 141 BGB. bestätigt werden (vgl. Planck Anm. zu § 144 BGB.). Der BerR. bezweifelt dies nicht, er führt aber aus, daß die Anfechtung selbst wirkungslos gewesen sei, weil schon vorher durch Erhebung der Widerklage der Vertrag von den Beklagten bestätigt worden sei. Vergeblich wird dieser Ausspruch von der Revision unter Hinweis darauf bekämpft, daß die Widerklage ja wieder zurückgenommen werden und daß die Bestätigung nur vorbehaltslos erfolgen könne. Daß die Bestätigung eines anfechtbaren Rechtsgeschäfts ebenso wie die Anfechtung selbst (RGZ. 48, 218; 49, 392), wie Kündigungen und Rücktritt (RGZ. 50, 143) mit zivilrechtlicher Wirkung auch im Prozesse und unter den Prozeßbevollmächtigten, insbesondere auch durch Zustellung eines Schriftsatzes (RGZ. 50, 143; 53, 148; 57, 362) erklärt werden kann, unterliegt keinem Zweifel. Es würde also schon der Widerklage-Schriftsatz vom 6. Mai 1902 genügen. Aber auch der in der mündlichen Verhandlung erklärten Widerklage kann die daraus abgeleitete zivilrechtliche Wirkung nicht um deswillen versagt werden, weil die Möglichkeit der Rücknahme der Widerklage bestand. Denn abgesehen davon, daß die Zurücknahme nicht erfolgt ist, erlöschen mit der Rücknahme auch nur die an den Eintritt der Rechtshängigkeit geknüpften Wirkungen (§ 271 ZPO.) und um eine solche Wirkung handelt es sich hier nicht. Die Bestätigung des anfechtbaren Rechtsgeschäfts ist eine Folge der von den Beklagten oder ihren Vertretern abgegebenen Erklärung und diese Wirkung ist unabhängig von dem Schicksal des Prozesses, sie gilt auch außerhalb des Prozesses und über diesen hinaus (RGZ. 63, 411). Unbedenklich ist aber auch, daß die Bestätigung des Vertrages mit Vorbehalt des Schadensersatzanspruches erfolgen konnte. Denn die Bestätigung eines Rechtsgeschäfts nach § 144 BGB. hat sachlich nur die Bedeutung eines Verzichts auf das Anfechtungsrecht (Planck a. a. O.) und ein solcher Verzicht ist mit einem Schadensersatzanspruch sehr wohl vereinbar. (Urt. des V. ZS. vom 23. Februar 1907, V 297/06). — — — r.

843

III.

Zum Begriffe der höheren Gewalt. Ein Arbeiter wurde von einem Wagen einer Straßenbahn überfahren, als er im Zustande der Schlaftrunkenheit an dem Wagen vorbeilaufen wollte. In der Begründung der Revision, welche die hierwegen auf Schadensersatz belangte Straßenbahn-Gesellschaft eingelegt hatte, wurde u. a. behauptet, es liege höhere Gewalt vor. Das Reichsgericht erklärte diese Rüge für unbegründet.

Aus den Gründen: Die Ausführungen der Revision finden keine Stütze in der Rechtsprechung des erkennenden Senats. Dieser hat stets daran festgehalten, daß diejenigen Unfälle nicht als Folgen einer höheren Gewalt gelten können, die ihre Ursache in der mit der Art des Betriebs unmittelbar zusammenhängenden Gefahr haben (vgl. Entsch. Bd. 54 S. 404). Denn die Haftung für diese Gefahren ist eben vom Gesetze dem Unternehmer auferlegt. Nun bringt der Betrieb einer Straßenbahn in den belebten Straßen

einer Stadt notwendig die Gefahr mit sich, daß in der Straße verkehrende Personen überfahren werden. Auf diese Gefahr ist der Unfall zurückzuführen. Die durch die Schlaftrunkenheit bewirkte vorübergehende Bewußtlosigkeit des Verletzten ist mithin nicht ein von außen in den Betrieb der Beklagten eingreifendes Ereignis gewesen, sondern ist nur ein Vorgang, der die durch den Betrieb geschaffene Gefahr wirkend machte (Urt. des VI. ZS. vom 21. Januar 1907, VI 240/06).

867 — — — n.

IV.

Gegenstand des Anfechtungsanspruches bei Gutsübergabe an Eheleute, die in allgemeiner Gütergemeinschaft leben. Kläger hatte gegen den Vater A. M. des Beklagten K. M. rechtskräftige Urteile auf Viehkaufschillinge erlangt. Die Zwangsvollstreckung gegen A. M. blieb erfolglos, weil er und seine Frau, mit der er im gesetzlichen Güterstande des BGB. lebte, ihr gemeinschaftliches Anwesen dem Beklagten und dessen Braut, seiner späteren Frau, zu Eigentum übergeben hatten. Letztere leben seit ihrer Verehelichung in der allgemeinen Gütergemeinschaft des BGB. Der auf Grund des § 3 Ziff. 2 AnfG. erhobenen Klage hat das Landgericht stattgegeben, indem es erkannte: „Der Beklagte hat zugunsten der Forderungen des Klägers gegen A. M. die Zwangsvollstreckung in den dem K. M. zustehenden Hälfteanteil an dem Anwesen zu dulden". Die Berufung des K. M. wurde unter Billigung der Gründe des erstrichterlichen Urteiles zurückgewiesen. Auf Revision des Beklagten hob das Reichsgericht das Urteil auf und verwies die Sache zurück.

Aus den Gründen: Das übergebene Anwesen stand im gemeinschaftlichen Eigentume des A. M. und dessen Frau; es war dies nicht gemeinschaftliches Eigentum zur gesamten Hand, sondern gewöhnliches Miteigentum nach Bruchteilen (§§ 1008 ff., 741 ff. BGB.), wobei die Frau des A. M. zur Verfügung über ihren Hälfteanteil (§ 742 BGB.) der Einwilligung ihres Mannes bedurfte (§ 1395 BGB.). Diese Einwilligung (§ 183 BGB.) zum Abschlusse des gemeinschaftlichen Uebergabevertrages ist aus diesem selbst zu entnehmen. Durch diese Veräußerung ging das Eigentum an dem übergebenen Anwesen auf den Beklagten K. M. und dessen damalige Braut so über, daß zunächst unter diesen gewöhnliches Miteigentum nach Bruchteilen entstand. Mit der Eheschließung wurde dieses Anwesen auf Grund der zwischen K. M. und seiner Ehefrau vertragsmäßig festgesetzten allgemeinen Gütergemeinschaft — Sondergut und Vorbehaltsgut (§§ 1439, 1440 BGB.) ist nicht behauptet — Gesamtgut der Eheleute M. (§ 1438 BGB.). In das Gesamtgut brachte der Beklagte als Verbindlichkeit auch die Pflicht ein, dem Anfechtungsanspruche des Klägers zu genügen (§ 1459 BGB.). Den Gegenstand dieses Anfechtungsanspruches bildete von vornherein nur der Hälfteanteil des Schuldners A. M. an dem übergebenen Anwesen. Dieser Hälfteanteil ist aber nicht ganz an den Beklagten K. M. gelangt, sondern wieder nur zur Hälfte, während die andere Hälfte den Erwerb der Braut, späteren Ehefrau des K. M. bildete. Und ebenso verhält es sich mit dem mitveräußerten Hälfteanteil der Ehefrau des Schuldners A. M. Von dem Schuldner A. M. hatte der Beklagte sonach nur einen Viertelanteil des ganzen Anwesens erworben und nur dieser kann deshalb Gegenstand des Anfechtungsanspruchs des Klägers sein. Die Verurteilung des Beklagten zur Duldung der Zwangsvollstreckung seitens des Klägers in den dem A. M. zustehenden, richtig früher zugestandenen Hälfteanteil ist deshalb irrig, da gegen die Veräußerung an die nicht mitbeklagte Ehefrau des K. M. mangels Geltendmachung von Anfechtungsgründen die Anfechtung nicht gerichtet ist. Einer weiteren Erörterung bedarf es noch, ob bei dem Güterstande der Eheleute K. M. die Verurteilung des Beklagten zur Duldung der Zwangsvollstreckung überhaupt eine ohne weiteres vollstreckbare Entscheidung bilden würde. (Urt. des VII. ZS. vom 8. Februar 1907).

828 V — — —

V.

Haftung des Staates für Verschulden der Beamten. Entlastungsbeweis aus § 831 BGB. [1]) Die Ehefrau des Klägers ist abends auf dem Bahnhof zu N. eine Kellertreppe, deren Zugangstüre offen stand, hinabgestürzt und an den Folgen des Sturzes gestorben. Der Kläger hat mit der Behauptung, daß die Verunglückte wegen des Fehlens der Beleuchtung an den Kellereingang geraten sei, den Fiskus auf Schadensersatz verklagt. Das Landgericht hat die Klage dem Grunde nach für gerechtfertigt erklärt. Das Oberlandesgericht hat die Berufung zurückgewiesen. Das Reichsgericht hob das Urteil auf.

Aus den Gründen: Das Berufungsgericht begründet das Verschulden des Fiskus wie folgt. Für den Unfall sei nicht nur das Offensein der Kellertür, sondern das Fehlen der Beleuchtung an der gefährlichen Stelle gegenüber der Kellertreppe Ursache gewesen. Die notwendige Beleuchtung einer solchen Stelle sei nicht als eine Nebenfunktion der Angestellten des Beklagten anzusehen; sie sei vielmehr die einem jeden Eigentümer eines dem öffentlichen Verkehr übergebenen Grundstückes obliegende Verpflichtung, deren Außerachtlassung auch seitens seiner Angestellten ihn allein nach § 823 Art. 1 des BGB. haftbar mache. Die Berufung auf ein Verschulden seiner Angestellten und der angetretene Entlastungsbeweis nach § 831 könne dem Beklagten nicht zugebilligt werden. Diese Erwägungen sind nicht haltbar. Es liegt auf der Hand, daß der verfassungsmäßige Vertreter des Beklagten, hier der Vorstand der zuständigen Betriebsinspektion, die untergeordnete Tätigkeit des Anzündens von Laternen und des Schließens einer Kellertür auf den Stationen nicht selbst vornehmen kann. Deshalb darf dem Beklagten der Nachweis nicht versagt werden — und insofern berührt sich der Entlastungsbeweis aus § 823 mit dem aus § 831 —, daß er geeignete und zuverlässige Personen mit dieser Verrichtung beauftragt und sie mit den erforderlichen Weisungen versehen habe. Allerdings hätte der Beklagte hiermit noch nicht genug getan. Er war auch verpflichtet, seine Angestellten zu beaufsichtigen und die Befolgung der ihnen erteilten Anordnungen zu überwachen. Hier hat nun nicht bloß am Unfallabend oder an mehreren Abenden die Beleuchtung versehentlich gefehlt, sondern unstreitig hatte der Stationsvorsteher angeordnet, daß die fragliche Laterne während des Sommers überhaupt nicht angezündet werde. Es ist daher unter Berücksichtigung der konkreten Verhältnisse, namentlich der Zeit, seit wann die Anordnung des Stationsvorstehers ergangen war, der Bedeutung der Station, ihres sommerlichen Personenverkehrs zur Abendzeit und auch des allgemeinen Dienstbetriebes auf der Station, der möglicherweise auf Nachlässigkeit in den einzelnen Verrichtungen schließen ließ, zu untersuchen, ob dem Betriebsinspektor und den zu seiner Unterstützung dienenden Betriebsingenieuren bei gehöriger Aufsicht und Kontrolle der auf jener Anordnung des Stationsvorstehers bestehende Zustand verborgen bleiben konnte. Da der ordnungswidrige Zustand feststeht, ist es auch in dieser Richtung Sache des Beklagten, sich zu entlasten (Urt. des VI. ZS. vom 28. Februar 1907).

872 — — — n.

[1]) Vgl. die auf S. 227 des 2. Jahrgangs veröffentlichte Entscheidung des Reichsgerichts.

C. Strafsachen.

I.

Ursächlicher Zusammenhang zwischen Fahrlässigkeit und Tod. (§ 222 StGB.). Die Feststellung des ursächlichen Zusammenhanges des Todes des Trambahnschaffners B. mit der allein in Betracht kommenden Fahrlässigkeit des Angeklagten — eines Trambahnkutschers, — nämlich dem pflichtwidrigen Steckenlassen der Fahrkurbel bei dem Verlassen des Wagens, ist zu beanstanden. Der Angeklagte hat diese pflichtwidrige Versäumnis bald nach dem Verlassen des Wagens bemerkt, bevor sie eine schlimme Folge gehabt hatte, und das Versäumte nachzuholen versucht, indem er den Bediensteten, die den Wagen übernommen hatten und zu denen auch B. gehörte, zurief: „Zieht doch die Fahrkurbel ab." B., der Fachmann war und schon seit 25 Jahren im Dienste der Straßenbahn stand, kam der Aufforderung nach, hantierte aber so ungeschickt und unrichtig, daß der seiner Absicht entgegengesetzte Erfolg eintrat und seinen Tod herbeiführte. Hätte er die Kurbel ordnungsmäßig abgezogen, wäre dieser schädigende Erfolg nicht eingetreten. Bei dieser Sachlage hätte der Erstrichter prüfen müssen, ob nicht B. vermöge seiner Fachkenntnis und Dienstesstellung berufen war, die versehentlich stecken gebliebene Kurbel abzuziehen, ob nicht der Angeklagte bei seinem Zurufe davon ausgehen konnte und ausging — m. a. W., ob er den B. nicht als sein Werkzeug bei der Nachholung des Versäumten benutzen durfte und benutzt hat und ob daher nicht der Fall ebenso zu beurteilen ist, als ob der Angeklagte selbst vor dem Eintritt einer schädlichen Folge das Versäumte derart nachgeholt hätte, daß sein Verschulden mit jenem von B. beachteten Zuruf beseitigt und für den Unfall lediglich das Verhalten des B. als seines Stellvertreters kausal war. Sollte eine Feststellung in diesem Sinne getroffen werden, so würde der § 222 StGB. keine Anwendung finden können. (Urt. d. V. StrS. vom 2. Januar 1907, 5 D 776/06). — — — e —

793

II.

Die Zurücknahme der Revision ist unwiderruflich und nicht wegen Irrtums anfechtbar. Der Angeklagte hat zwar rechtzeitig Revision eingelegt, das Rechtsmittel aber wirksam wieder zurückgenommen. Diese Zurücknahme ist unwiderruflich und eine Anfechtung des Widerrufs wegen angeblichen Irrtums ist unzulässig, weil die Vorschriften des bürgerlichen Rechtes über die Anfechtung von Willenserklärungen (§§ 119 ff. BGB.) nur auf privatrechtliche Verhältnisse, nicht aber auf solche des öffentlichen Rechtes Anwendung finden. Deshalb kann die nach Eingang des Widerrufs zu Protokoll des Gerichtsschreibers erklärte Revisionsbegründung nicht berücksichtigt werden. Die Revision ist deshalb als unzulässig zu verwerfen. (Beschluß des V. StS. vom 26. Febr. 1907. 2 D 135/07).

855 — — — e —

III.

Wer ist zur Abgabe der Erklärung nach § 4 Militärstrafgerichtsordnung zuständig? Prüfung der Gerichtsbarkeit von Amts wegen. Es unterliegt keinem Zweifel, daß der Angeklagte Johannes B. von der Erhebung der Anklage an im ganzen Verlaufe des gerichtlichen Verfahrens zu den Militärpersonen des aktiven Heeres gehörte und deshalb nach § 1 Nr. 1 MStGO. der Militärgerichtsbarkeit unterstellt war. Die der Anklage zugrunde liegende Tat ist zwar vor dem Diensteintritte begangen; dadurch wird aber die Gerichtsbarkeit (§ 6 l. c.) nicht beeinflußt; die mögliche Entlassung nach § 7 ist nicht erfolgt. Die Voraussetzungen des § 4 a. a. O. liegen vor, da nach der Annahme der Anklage außer Johannes B. auch noch andere Personen den St. bei derselben Gelegenheit verletzt hatten (vgl. Entsch. d. RG. Bd. 34 S. 258). Dagegen fehlt die ausdrückliche Erklärung des zuständigen Gerichtsherrn. Zwar hatte der Vorsitzende nach dem Eingange der Erklärung des Angeklagten auf die Anklageschrift die Akten „an das Gericht des . . . Inf. Rgts. in D." mit der Anfrage gesandt, ob Johannes B. dem bürgerlichen Strafgerichte gemäß § 4 MStGO. zur Untersuchung und Aburteilung des Falles übergeben werde. Der Kommandeur des . . . Inf. Rgts. (vgl. E. 34 S. 257) gab die erbetene Erklärung ab. Diesem aber fehlte die Zuständigkeit dazu. Denn nur jener Gerichtsherr ist zur Anordnung der Uebergabe befugt, zu dessen Gerichtsbarkeit die unter Anklage gestellte strafbare Handlung im Falle ihrer Aburteilung im militärgerichtlichen Verfahren gehören würde. Der Regimentskommandeur ist aber nur Gerichtsherr der niederen Gerichtsbarkeit (§ 19 a. a. O.), die nach § 15 regelmäßig nur die mit Arrest bedrohten militärischen Vergehen und die Uebertretungen umfaßt. Unter den weiteren ihr nach § 16 überlassenen Delikten befindet sich zwar die einfache Körperverletzung nach § 223 StGB., nicht aber die gefährliche nach § 223a. Diese gehört demnach zur höheren Gerichtsbarkeit (§ 17 MStGO.). Da es sich um eine solche handelt, war die von einem unzuständigen Gerichtsherrn erlassene „Uebergabe" nicht imstande, die bürgerliche Gerichtsbarkeit zu begründen (vgl. E. Bd. 35 S. 420). Zuständig wäre nur der Kommandeur derjenigen Division gewesen, zu der das . . . Inf. Rgt. gehört (§§ 20, 25 a. a. O.). Eine Nachholung der versäumten Handlung in der Revisionsinstanz ist unzulässig, vielmehr muß die Uebergabe vor dem erstinstanziellen Urteil erfolgt sein, da das Revisionsgericht nur nachzuprüfen hat und zwar, soweit die Gerichtsbarkeit in Betracht kommt, von Amtswegen, ob das angegriffene Urteil dem Gesetze gemäß erlassen ist (Entsch. Bd. 38 S. 70). Die Verneinung dieser Frage in dem dargelegten Umfange führt bezüglich des Johannes B. zur Aufhebung des Urteils und zur Einstellung des gegenwärtigen Strafverfahrens (Urt. d. V. StS. vom 19. Februar 1907, 5 D 75/07). — — — e —

858

Oberstes Landesgericht.

A. Zivilsachen.

I.

Kirchentrachten dürfen nur, wenn ihre Eigenschaft als Reallast feststeht, im Hypotheken- oder Grundbuche eingetragen werden und sind andernfalls im Grundbuche von Amts wegen zu löschen (GBO. § 54). Auf Anregung der Regierung von Oberbayern veranlaßte das vormalige Landgericht E. im Jahre 1867 die Pfarrämter seines Bezirks, Verzeichnisse der sog. Kirchentrachten zum Zwecke der Eintragung in das Hypothekenbuch einzureichen. Die in den Anmeldeverzeichnissen angeführten Reichnisse wurden eingetragen, die Eintragung erfolgte in zahlreichen Fällen, ohne daß die Eigentümer der als belastet bezeichneten Anwesen gehört wurden. In dieser Weise sind am 24. Mai 1870 auf Grund der vom Pfarramt A. vorgelegten Verzeichnisse für den Pfarrer, den Kooperator und den Mesner in A. verschiedene Naturalreichnisse und teils als Kirchentrachten, teils als Kirchentrachtparzellen bezeichnete Geldleistungen auf dem Blatte für ein Anwesen in A. eingetragen worden, das seit dem 1. Mai 1905 unter Grundbuchrecht steht. Auf Antrag des im Grundbuche als Eigentümer des Anwesens eingetragenen J. M. in M. hat das Grundbuchamt E. nach Anhörung des Pfarramts und der Kirchenverwaltung A. die Löschung der eingetragenen Rechte angeordnet, weil Kirchentrachten im Zweifel Lasten des öffentlichen Rechts und als solche nicht eintragungsfähig seien und die Berechtigten den Beweis ihrer privatrechtlichen Eigenschaft nicht erbracht hätten. Auf Be-

schwerde des Pfarramts und der Kirchenverwaltung A. hat das Landgericht M. den Antrag des J. M. abgewiesen. In der Begründung führt es aus, die Eintragung kennzeichne die Reichnisse nicht als öffentlichrechtliche Lasten, sie enthalte keine Angabe über den Entstehungsgrund oder die rechtliche Natur der Reichnisse. Da aber in das Hypothekenbuch nur privatrechtliche Lasten eingetragen werden durften, sei sie dahin zu verstehen, daß die Reichnisse als solche Lasten auf dem Anwesen ruhen. Die Verpflichtung zur Entrichtung von Kirchentrachten habe zwar regelmäßig ihren Ursprung in dem öffentlichen Rechte, sie könne aber ausnahmsweise auch auf einem privatrechtlichen Grunde beruhen, eine Rechtsvermutung für die öffentlichrechtliche Natur bestehe nicht und der in den §§ 22, 29 GBO. erforderte Nachweis für diese Eigenschaft sei nicht geliefert. Auf weitere Beschwerde des J. M. hob das Oberste Landesgericht die Entscheidung des Landgerichts auf und wies die Beschwerde gegen die Verfügung des Grundbuchamtes zurück.

Gründe: Die eingetragenen Rechte sind zum Teil ausdrücklich als Kirchentrachten oder Kirchentrachtparzellen bezeichnet, aber auch bei den übrigen Reichnissen ergibt sich aus der Eintragung selbst, daß es sich um Lasten dieser Art, um jährlich wiederkehrende Leistungen handelt, die einen Teil des Diensteinkommens des Pfarrers oder einer gottesdienstlichen Hilfsperson bilden. Die Verpflichtung zur Entrichtung der herkömmlichen Kirchentrachten hat im allgemeinen, auch wenn sie mit dem Besitz bestimmter Grundstücke verknüpft ist, ihren Ursprung in dem Pfarrverband und ist daher eine im öffentlichen Rechte begründete Last. Daneben kommen allerdings Verpflichtungen gleichen Inhalts vor, die von dem Pfarrverband unabhängig sind. Die auf dem Pfarrverbande beruhenden Kirchentrachten gehörten nicht zu den „auf der Sache vermöge eines speziellen Rechtstitels haftenden Lasten", die nach § 22 Nr. 5 und § 135 Abs. 1 HypG. in das Hypothekenbuch einzutragen waren, und sind als Lasten des öffentlichen Rechtes ebensowenig in das Grundbuch einzutragen (DA. f. d. GBÄe. §§ 120, 121, § 123 Nr. 6). Ueber Lasten dieser Art Aufschluß zu geben war das Hypothekenbuch und ist das Grundbuch nicht bestimmt. Wären die Kirchentrachten geradezu als auf dem Pfarrverbande beruhende Lasten eingetragen, so würde die Eintragung zweifellos im Sinne des § 54 Abs. 1 Satz 2 GBO. nach ihrem Inhalt unzulässig sein. Daraus, daß die Eintragung die Frage offen läßt, ob es sich um Reallasten oder Lasten des öffentlichen Rechtes handelt, kann nicht mit dem Beschwerdegerichte gefolgert werden, daß sie in dem Sinne verstanden werden müsse, daß die Lasten als Reallasten eingetragen sind. Es ist sehr wohl möglich, daß eine Last eingetragen wird, gleichviel ob sie Reallast ist oder dem öffentlichen Rechte angehört, daß die Eintragung nur bezweckt, das Bestehen der Last durch das öffentliche Buch ersichtlich zu machen, indem man von der Ansicht ausgeht, die Eintragung sei, falls es sich um eine Last des öffentlichen Rechtes handelt, zwar überflüssig aber unschädlich. Hier deutet der Inhalt der Eintragung, der nur den Gegenstand der wiederkehrenden Leistung und den Empfangsberechtigten angibt, darauf hin, daß die Eintragung nur das Bestehen der Last ersichtlich machen sollte, und aus der auf Grund des Hypothekenprotokolls und seiner Beilagen festgestellten Art, wie die Eintragung zustande gekommen ist, ist zu entnehmen, daß dies in der Tat ihr Sinn ist. Das Hypothekenamt hat sich nicht mit der Prüfung der Frage befaßt, ob die Kirchentrachten Reallasten oder Lasten des öffentlichen Rechtes sind, sondern seiner Aufgabe Genüge zu leisten geglaubt, indem es die Verpflichtung zu den Leistungen eintrug. Auch eine solche Eintragung ist nach ihrem Inhalt unzulässig, die Eintragung darf nicht die Eigenschaft des eingetragenen Rechtes, über die sie mit öffentlichem Glauben Aufschluß geben soll, ins Ungewisse stellen und von dem Ergebnisse weiterer Nachforschungen abhängig machen. Hiernach hat das Grundbuchamt mit Recht die Löschung der Eintragung der Kirchentrachten angeordnet (Beschl. des I. ZS. vom 8. März 1907, Reg. III. 19/1907). W.

868

II.

Befugnis des Konkursverwalters, die Löschung des Konkursvermerks im Hypotheken- oder Grundbuche herbeizuführen. (HypG. § 85; GBO. §§ 113, 114; AG. z. ZPO. und KO. a. F. Art. 33). In dem Konkursverfahren über den Nachlaß des M. D. in K. gehörte ein Hälfteanteil an den Grundstücken Plan Nr. 160 ff. der StG. K. zur Konkursmasse; die Eröffnung des Konkursverfahrens ist in das Hypothekenbuch eingetragen worden. Der Konkursverwalter beantragte mit der Erklärung, daß er den zum Nachlasse gehörenden Anteil an den Grundstücken freigebe, die Eintragung zu löschen. Das Hypothekenamt lehnte die Löschung ab, weil sie nur auf Veranlassung des Konkursgerichts erfolgen könne; die Beschwerde des Verwalters wurde zurückgewiesen. Auf die weitere Beschwerde des Konkursverwalters hat das ObLG. die Entscheidungen der Vorinstanzen aufgehoben und das Hypothekenamt angewiesen, anderweit zu verfügen.

Gründe: Mag man auch den Konkursverwalter, soweit er in dem Rechtskreise des Gemeinschuldners zu Verwaltungs- und Verfügungshandlungen berufen ist, als Vertreter des Gemeinschuldners anzusehen haben, so ist er doch nicht bloß Vertreter des Gemeinschuldners und nicht im Interesse des Gemeinschuldners zu dessen Vertretung berufen. Er ist vor allem Träger eines dem Zwecke des Konkursverfahrens dienenden Amtes; die Vertretungsmacht steht ihm kraft seines Amtes als Mittel zur Erfüllung seiner amtlichen Aufgabe zu. Gibt er einzelne zu der Konkursmasse gehörende Gegenstände frei, weil sie für den Zweck des Verfahrens nicht dienlich sind, so handelt er dabei nicht in Vertretung des Gemeinschuldners, sondern kraft einer neben der Vertretungsmacht in seinem Amte enthaltenen Befugnis, vermöge deren er selbständig darüber zu befinden berechtigt ist, ob die Gegenstände aus der Konkursmasse ausgeschieden werden sollen, und für die Gegenstände, die er freigibt, die mit der Eröffnung des Verfahrens verbundene Beschlagnahme aufhebt. Der Konkursvermerk, der nach Art. 33 AG. z. ZPO. und KO. a. F. in das Hypothekenbuch eingetragen wird, soll die Beschlagnahme gegen die sich aus dem öffentlichen Glauben des Hypothekenbuchs ergebende Gefährdung schützen; die Eintragung dient dem Zwecke des Verfahrens und der dem Verwalter vermöge seines Amtes obliegenden Aufgabe. Soweit er darüber befindet, ob der Gegenstand, auf den sich die Eintragung bezieht, in der Konkursmasse verbleiben oder freigegeben werden soll, ist er zur Wahrnehmung der Interessen berufen, zu deren Gunsten die Eintragung erfolgt ist; hebt er die Beschlagnahme auf, so ist er auch nach § 85 HypG. berechtigt, die Löschung des durch seine Verfügung unrichtig gewordenen Vermerkes zu bewilligen, wie er da, wo das Grundbuch angelegt ist, die Löschung der nach § 113 KO. n. F. erfolgten Eintragung bewilligen kann. Art. 33 Abs. 3 AG., wonach im Falle der Aufhebung des Konkursverfahrens der Gerichtsschreiber des Konkursgerichts dem Hypothekenamte beglaubigte Abschrift des Aufhebungsbeschlusses mitzuteilen hat, kann auf die Freigebung eines zur Konkursmasse gehörenden Gegenstandes, dessen Beschlagnahme nicht von dem Konkursgerichte, sondern von dem Verwalter aufgehoben wird, auch nicht entsprechende Anwendung finden (Beschl. des I. ZS. vom 22. März 1907, Reg. III 22/1907). W.

870

III.

Begriff der ausdrücklichen Willenserklärung. Können für die Entscheidung darüber, ob für die Beurkundung eines Rechtsgeschäfts eine Gebühr an die Staatskasse geschuldet wird, auch Vorschriften des bürgerlichen Rechtes zur Anwendung kommen? (Gemeines Recht u. BGB.; GebG. Art. 176 Abs. 2). Laut notarieller Urkunde vom 22. Dezember 1904 verkaufte F. D. in B. „namens" des Simon H. in A. und seiner Frau Marie H. ein Anwesen in B. an den J. N. in W. Darin erklärte D., er verkaufe zugleich für sich und kraft seines Verwaltungsrechts für seine Frau an J. N. als ihnen gehörend die bei dem Anwesen befindlichen Baumannsfahrnisse und landwirtschaftlichen Erzeugnisse. Im Eingange ist F. D. als „für" Simon und Marie H. und (mit Rücksicht auf die Bewilligung der Löschung einer Hypothek) „für" sich „handelnd" aufgeführt. Endlich enthält die Urkunde die Bestimmung: „Die Genehmigung durch Simon und Maria H. wird nachgebracht." Der Notar setzte Gebühren von 104 Mk., 3 Mk. und — für „Löschung" — 1 Mk. an. Am 7. Januar 1905 erklärten Simon H., Marie H. und die Frau des D. zu Urkunde des Notariats Z., sie verweigerten die Genehmigung des Vertrags vom 22. Dezember 1904. Darauf gab das Rentamt, das die Gebühren von 104 Mk. und von 3 Mk. eingehoben hatte, 104 Mk. an die Ehegatten H. und 3 Mk. an F. D. zurück. Die Finanzkammer ordnete später an, daß das Rentamt 107 Mk. nachfordere, weil die Rückgabe ungerechtfertigt gewesen sei. An dem Erfordernis des Art. 176 Abs. 2 GebG. fehle es, weil in der Urkunde nur „konstatiert" sei, daß die Genehmigung des Vertrags nachgebracht werde. Gegen die Nachforderung legten Simon und Marie H. Beschwerde ein, weil inhaltlich der Urkunde vom 22. Dezember 1904 F. D. für sie aufgetreten sei, ohne eine Vollmacht zu besitzen. Die Genehmigung, von der in der Urkunde die Rede sei, sei nie erteilt worden, die Ehegatten H. seien daher überhaupt nicht Vertragschließende. Die Finanzkammer beantragte, die Beschwerde zurückzuweisen, weil die Ehegatten ihre Gebührenpflicht durch „konkludente" Handlungen anerkannt hätten; sie hätten die Gebühr anstandslos eingezahlt. Am 1. Mai 1905 habe das Notariat beim Rentamt angeregt, die Gebühr zurückzuvergüten, weil dem Vertrage die vorbehaltene Genehmigung versagt worden sei. Die Rückvergütung durch das Rentamt habe sich vollzogen, ohne daß von den Ehegatten H. ein Antrag gestellt worden war. Sie hätten Erinnerungen erst vorgebracht, als die Gebühr wieder eingehoben wurde. Das LG. erklärte die Nachforderung für ungerechtfertigt. Es führte aus, es sei in der Urkunde verständlich ausgedrückt, daß D. als Verkäufer des Anwesens namens der Ehegatten H. handelte. Aus ihr gehe weiter klar hervor, daß F. D. nicht auf Grund einer Vollmacht der Ehegatten H. handelte. Art. 176 Abs. 2 GebG. sei daher anzuwenden; demgemäß seien sie zur Zahlung der Gebühr nicht verpflichtet. Sie seien auch nicht auf Grund eines Schuldanerkenntnisses verpflichtet, weil zur Gültigkeit eines solchen schriftliche Erklärung erforderlich sei (§ 781 BGB.). Die von der Finanzkammer angegebenen Umstände ließen übrigens ein Anerkenntnis der Ehegatten H. nicht ersehen, sondern nur darauf schließen, daß sie meinten, die Gebühren seien gesetzmäßig angesetzt. Die weitere Beschwerde der Staatskasse wurde zurückgewiesen.

Aus den Gründen: Für die Anwendbarkeit des Art. 176 Abs. 2 ist nur erforderlich, daß aus der beurkundeten Erklärung mit Sicherheit geschlossen werden kann, daß die Vertragschließenden die Wirksamkeit des Vertrags von der Zustimmung einer dritten Person abhängig machten. Daher geht das LG. ohne Irrtum davon aus, Art. 176 Abs. 2 sei anwendbar, wenn aus der Urkunde unzweifelhaft hervorgeht, daß die Wirksamkeit des Vertrags von der Zustimmung des Simon und der Marie H. abhängig sein sollte, und wenn die Zustimmung rechtzeitig versagt wurde. Die Frage, ob die Beschwerdeführer ihre Verpflichtung, die Gebühr zu zahlen, anerkannten, durfte das Beschwerdegericht nicht entscheiden. Die Staatsgebühr, die der Notar für die Errichtung einer Urkunde erhebt, ist eine Vergütung für eine vom Staate dem Notar übertragene Tätigkeit, die im öffentlichen Rechte wurzelt; demgemäß gehört auch die Verpflichtung, die Staatsgebühr zu zahlen, dem öffentlichen Rechte an. Ueber diese Verpflichtung wird in dem besonderen in Art. 47 bis 52 des GebG. geregelten Verfahren gestritten. Entscheidungen über Ansprüche auf Leistung einer Vergütung für die Errichtung einer Notariatsurkunde, die nicht auf Vorschriften des GebG., sondern auf einen anderen Entstehungsgrund gestützt sind, fallen der Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte oder (vgl. Art. 192 GebG.) der Verwaltungsgerichte anheim. Insoweit die Entscheidung sich mit dem Anspruch aus einem Anerkenntnisse befaßt, ist sie also nicht gerechtfertigt (Beschl. vom 10. Oktober 1906 [2. ZS.] Reg. V Nr. 19/06).

Nachschrift des Einsenders: Die Richtigkeit der Annahme, daß für die Entscheidung über den Streit wegen der Gebührenschuld Normen des bürgerlichen Rechtes nicht maßgebend sein konnten, folgt eigentlich schon aus der Vorschrift des Art. 39 GebG., wonach die Vorschrift des § 92 GKG. zwar in den von den Gerichten, nicht aber auch in den von den Notaren wahrzunehmenden Angelegenheiten der freiw. Gerichtsb. entsprechend anzuwenden ist. Hiervon und von der Unanwendbarkeit des § 781 BGB. abgesehen, hätte auch bei Anwendung der Normen eines der älteren Rechte aus der bloßen Tatsache, daß die Zahlung der nachgeforderten Gebühr „anstandslos", d. h. ohne Vorbehalt, ohne ausdrückliche Verwahrung erfolgte, ein „konkludentes" Anerkenntnis nicht abgeleitet werden können, da die Beschwerde, der ja aufschiebende Wirkung nicht zukommt, sowohl vor als nach der freiwilligen oder erzwungenen Zahlung eingelegt werden darf. Auch nach dem preuß. Stempelgesetz vom 31 Juli 1895 § 26 ist die Zulässigkeit des Rechtswegs (Kondiktions- oder Feststellungsklage) nicht mehr, wie früher (§ 12 des Ges. vom 24. Mai 1861 über die Erweiterung der Zulässigkeit des Rechtswegs) davon abhängig, daß die Zahlung der geforderten Abgabe „mit Vorbehalt" geleistet wurde. Ein Mangel unseres Gesetzes besteht allerdings insoferne, als die Beschwerde nicht an eine von der Aufforderung, Zahlung oder Beitreibung an laufende besondere Frist gebunden ist. K.

787

B. Strafsachen.

Zum Begriffe der Vermögensbeschädigung beim Betrug. (§ 263 StGB., §§ 252, 325, 272 BGB.).[1]) Sch. verkaufte ein blindes Pferd um 30 Mk. an N. unter der Bedingung, daß N. ihm ein anderes passendes Pferd verschaffe. N. erfüllte die Bedingung. Später sagte er zu dem Viehhändler M., daß er bei Sch. einen um 30 Mk. gekauften Gaul stehen habe: M. könne den Gaul ansehen und für 85 oder 80 Mk. haben. M. ging zu Sch., sagte ihm, daß N. den Gaul nicht mehr haben wolle, weil er kein Geld habe und ihn, dem M., schicke; er sei bereit, den Gaul zu kaufen. Sch. glaubte dem M. und verkaufte den Gaul an ihn um 30 Mk.; M.

[1]) Anm. d. Herausgebers. Wir machen auf diese Entscheidung besonders aufmerksam, weil ihr ein nicht ganz alltäglicher Tatbestand zugrunde liegt und weil sie in musterhafter Weise begründet ist.



veräußerte das Pferd an seinen Bruder. Das Pferd hatte einen wirklichen Wert von 100 Mk.; Sch. hatte es an N. um 30 Mk. nur deshalb verkauft, weil er den N. für die Ausmittelung eines anderen Pferdes entlohnen wollte. M. wurde auf Grund des § 263 StGB. verurteilt. Die Berufung wurde verworfen. Die Revision blieb erfolglos.

Aus den Gründen: Die Revision bezeichnet als irrig die Anschauung der Vorinstanzen, es sei eine Beschädigung des Vermögens des N. anzunehmen, weil er durch M. um den Gewinn gebracht worden sei, den er durch den Weiterverkauf des Pferdes hätte erzielen können. Diese Rüge führt zunächst zur Prüfung der Frage, wessen Vermögen M. beschädigt hat. Sch. hatte das Pferd an N. unter einer aufschiebenden Bedingung verkauft; N. hat deren Eintritt herbeigeführt. Damit ist der Kaufvertrag endgültig wirksam geworden (§ 158 BGB.). Sch. mußte dem N. gegen Zahlung des Preises das Pferd übergeben und ihm Eigentum daran verschaffen. Sch. hat dasselbe Pferd später an M. verkauft und übergeben, er haftete aber auch dem M. auf Erfüllung des Vertrags und mußte insbesondere sein Unvermögen, an N. zu leisten, vertreten. Daraus folgt, daß Sch. durch den mit M. geschlossenen Kaufvertrag sein Vermögen mit der Verpflichtung belastet hat, dem N. wegen Nichterfüllung des Kaufvertrags Schadensersatz nach §§ 252, 325, 272 BGB. zu leisten. In der Belastung des Vermögens mit einer Verpflichtung zum Ersatz eines Schadens in dem durch § 252 BGB. bestimmten Umfange kann eine Beschädigung des Vermögens im Sinne des § 263 StGB. erblickt werden. Demnach hätten die Vorderrichter annehmen können, daß M. den Sch. getäuscht und dadurch dessen Vermögen beschädigt hat. Hiergegen spreche auch nicht, daß M. dem Sch. 30 Mk. als Kaufpreis gezahlt hat. Der Wert des Pferdes war größer. Nach dem höheren Werte bemaß sich zufolge § 252 BGB. der Umfang der Schadensersatzpflicht des Sch. Dieser konnte mit dem Betrage des empfangenen Kaufpreises den Betrag des zu leistenden Schadensersatzes nicht wettmachen.

Die Vorinstanzen nehmen an, daß M. das Vermögen des N. beschädigt habe; § 263 StGB. erfordere nicht, daß das Vermögen der Person beschädigt wird, in der der Irrtum erregt wird; es genüge, daß die durch die Täuschung veranlaßte Handlung des einen eine Vermögensbeschädigung des andern herbeiführt. Es kann dahin gestellt bleiben, ob diese Anschauung in dieser Allgemeinheit richtig ist, und ob nicht zwischen dem Getäuschten und dem anderen rechtliche Beziehungen bestehen müssen, zufolge deren die Handlung des Getäuschten das Vermögen des andern rechtlich beeinflußt. Denn hier kann das Bestehen rechtlicher Beziehungen zwischen Sch. und N. und weiter angenommen werden, daß die durch M. veranlaßte Handlung des Sch. ihre Wirkung auch auf das Vermögen des N. erstreckt. N. war nach den Feststellungen des LG. im Besitze der Geldmittel zur Zahlung des Kaufpreises. Er hatte, nachdem die im Vertrage gesetzte Bedingung eingetreten war, gegen Sch. den Anspruch auf Erfüllung des Kaufvertrags. Die Verwirklichung dieses Anspruchs wurde durch M. vereitelt. Es trat an die Stelle des Anspruchs auf Erfüllung des Kaufvertrags der Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung. Darin aber, daß N. an Stelle eines jederzeit durchführbaren Anspruchs auf Uebergabe einer bestimmten Sache einen nicht völlig sicheren, schwer feststellbaren Anspruch auf Schadensersatz erhielt, kann eine Beschädigung seines Vermögens erblickt werden. (Urt. vom 31. Januar 1907).

865 — — n.

Oberlandesgericht München.

§ 138 BGB., Art. 31 EG. z. BGB. Darlehen zum Spiele an einer Spielbank im Auslande. Der Kläger lieh dem Beklagten in Monte Carlo zwei größere Beträge, einen hiervon im Spiellokale „Cercle des étrangers" selbst, zum Glücksspiel bei der dortigen Bank. Die Streitsteile sind Deutsche. Der Beklagte wendete gegenüber der Klage auf Zurückzahlung ein, er habe die Darlehen zum Spiele erhalten; die Darlehensverträge seien deshalb nichtig; überdies habe ihm der Kläger zugesichert, er könne die Beträge nach Möglichkeit zurückzahlen. Das LG. hat dem Beklagten den ihm über letztere Tatsache zugeschobenen Eid auferlegt und als Folge seiner Leistung die Abweisung der Klage, als Folge der Nichtleistung die Verurteilung festgesetzt. Es hat die Anwendung des deutschen Rechtes auf Grund des Art. 31 EG. z. BGB. und des hierfür zu vermutenden Willens der Streitsteile als nur vorübergehend im Auslande sich aufhaltender Deutscher für geboten erachtet. Es hat ferner zwar angenommen, daß die Darlehen mit Rücksicht auf die Uneigennützigkeit des Klägers bei der Hingabe, den Beweggrund und den Zweck deren Hingabe — sie sollten nämlich dem Beklagten die Erholung von seinen Spielverlusten ermöglichen — nicht unter § 138 BGB. fielen. Die Berufung des Klägers wurde zurückgewiesen.

In den Gründen wurde jedoch ausgeführt: Es wird die Anwendung des deutschen Rechtes aus den Erwägungen des Erstgerichtes gebilligt; sie hätte aber zur Abweisung der Klage führen müssen, welche jedoch das Berufungsgericht nach § 536 ZPO. nicht aussprechen kann. Das Spiel, zu welchem die Darlehen gewährt wurden, war ein Glücksspiel, und zwar wurde es von einer Spielbank betrieben. Wenn auch nicht jeder Vertrag über Hingabe eines Darlehens zum Zwecke des Spieles ein vom Gesetze verpöntes Rechtsgeschäft ist, so ist das doch bei dem für das Spiel bei einer Spielbank gegebenen Darlehen der Fall in Hinblick auf das RG. vom $\frac{\text{1. Juli 1868}}{\text{12. Mai 1871}}$ betr. das Verbot öffentlicher Spielbanken in Deutschland (vgl. Art. 32 EG. z. BGB.). Wird im Auslande von Inländern bankmäßig gespielt, so liegt auch hierin eine vom deutschen Rechte verpönte Handlung, gegenüber welcher die Anwendung des gegenteiligen ausländischen Gesetzes nach Art. 31 EG. z. BGB. ausgeschlossen ist. Dasselbe ist aber auch bezüglich der Hilfsgeschäfte hierzu, wie des Darlehens, der Fall. (Urt. vom 9. Februar 1907, L 603/06).

863 V— — — —.

Oberlandesgericht Nürnberg.

§ 313 BGB., falsa demonstratio. Kläger Sch. vertauschte aus seinem Anwesen einen größeren Teil der Grundstücke an die Eheleute W. gegen deren Anwesen. Die Witwe W. wurde auf Räumung des letzteren verklagt, die sie verweigerte, weil ihr und ihrem Ehemanne statt der richtigen Grundstücke Pl.-Nr. 82 und 610 die minderwertigen Grundstücke Pl.-Nr. 631 und 728 zugeschrieben worden seien und der Kaufvertrag deshalb nichtig sei. Das LG. wies mangels Willensübereinstimmung beim Vertragsschlusse die Klage ab und gab der auf Nichtigkeit des Tauschvertrages gerichteten Widerklage statt. Dieses Urteil wurde auf Berufung des Klägers aufgehoben.

Aus den Gründen: Der Wille der Parteien hat im Sinne des § 313 Satz 1 BGB. formgerechten Ausdruck gefunden. Der Erstrichter meint, die beiden Grundstückspaare seien nach ihrer örtlichen Lage, Benennung, Größe und Kulturart so grundverschieden, sie seien so ganz andere Grundstücke, daß eine falsa demonstratio gar nicht möglich sei. Abgesehen davon,

daß dies in der Allgemeinheit gar nicht richtig ist (wird näher dargelegt), steht hier fest, daß wirklich eine Verwechslung stattfand. Wodurch der Irrtum in der Urkunde verschuldet worden ist, ist nach der Angabe der Parteien nicht mehr aufzuklären. Arglistige Täuschung kann nicht behauptet werden und so stehen alle sonstigen Möglichkeiten offen, und die sind: Unsicherheit der Vertragschließenden über den katastermäßigen Beschrieb der eingewiesenen Grundstücke, Unachtsamkeit, Gedankenlosigkeit bei Aufnahme der Urkunde, m. a. W. Irrtum der Parteien oder Irrtum des Notars. Diese Ursachen lassen aber den auf den gleichen Vertragsgegenstand gerichteten Willen der Vertragsteile unberührt. Letztere glaubten, daß die Grundstücke Pl.-Nr. 82 und 610, die sie vertauschen wollten, mit den Pl.-Nr. 631 und Pl.-Nr. 728 identisch oder wenigstens unter den in der Urkunde benannten enthalten seien, befanden sich aber hierüber im Irrtum, ihr Uebereignungs- und Erwerbswille war also auf die richtigen Grundstücke gerichtet. Allerdings muß dieser Wille, wenn der Form des § 313 BGB. genügt sein soll, in der Urkunde seinen, wenn auch noch so unvollkommenen Ausdruck gefunden haben, der unausgesprochene Wille darf nicht als erklärt gelten. Der unvollkommen oder nicht zweifelsfrei erklärte Wille darf auch für Willenserklärungen, deren Rechtswirksamkeit das Gesetz von der Einhaltung einer bestimmten Form abhängig macht, durch Auslegung dem wahren Willen gemäß erläutert und berichtigt werden und es ist gemäß § 133 BGB. bei dieser Auslegung nicht an dem buchstäblichen Sinne des Ausdrucks zu haften. Hier gibt nun die notarielle Urkunde genügende Anhaltspunkte zur Erforschung des wahren Willens. Diese sind die Feststellung in der Urkunde, daß die Besitzeinweisung bereits erfolgt ist, und der aus dem Werte der eingewiesenen Grundstücke berechnete Tauschpreis. Aus beiden Gründen folgt zwingend, daß nur die wirklich eingewiesenen Grundstücke Tauschgegenstand sein sollten und waren, daß nur auf sie der Veräußerungs- und Erwerbswille sich bezog. An der Hand der Urkunde ist daher nur zu fragen, in welche Grundstücke die Eheleute W. eingewiesen worden sind und aus welchen Grundstücken der Tauschpreis berechnet worden ist, die Urkunde selbst zeigt und begrenzt den Weg, den Willen der Parteien zu erforschen und festzustellen. Die Antwort haben die Parteien selbst gegeben; denn nach ihrer übereinstimmenden Angabe wurden die Pl.-Nr. 82 und 610 eingewiesen, und nur letztere, nicht erstere bei Feststellung des Wertes des zu vertauschenden Grundbesitzes berücksichtigt. Grundstücke oder Grundsstücksteile, die in Verträgen als veräußert bezeichnet sind, ohne daß sie aber wirklich veräußert und erworben werden sollten, sind in Wahrheit nicht Gegenstand der Verträge gewesen, und daher nicht in das Eigentum des Erwerbers übergegangen; Grundstücke oder Grundstücksteile, die in den Verträgen nicht aufgeführt sind, auf die sich aber der Wille der Beteiligten bezog, sind mitverkauft. (RG. in ZS. Bd. 60 S. 339/340, Bd. 61 S. 265, Bd. 63 S. 169; JW. 1896 S. 17, 1904 S. 58; Bl. f. RA. Bd. 67 S. 253, Bd. 69 S. 443 und Bd. 70 S. 493, vgl. Anm. Bd. 44 S. 8 und Bd. 49 S. 214; Seuff. Arch. Bd. 60 S. 433; ObLG. n. S. Bd. VI S. 432 und Bd. VII S. 324/25). Hiernach haben die in der Urkunde, weil nicht eingewiesen, irrtümlich aufgeführten Pl.-Nr. 631 und 728 nicht, wohl aber die nicht aufgeführten aber eingewiesenen Pl.-Nr. 62 und 610 als vertauscht zu gelten, letztere sind — das Grundbuch ist für das Amtsgericht C. noch nicht als angelegt erklärt — durch den Vertrag und die Besitzübergabe dem durch Auslegung ermittelten übereinstimmenden Willen der Parteien gemäß in das Eigentum der Eheleute W. übergegangen. Der Vertrag ist deshalb rechtswirksam. (Urt. vom 28. Januar 1907).

823 H.

Literatur.

Staub, Hermann. Kommentar zum Handelsgesetzbuch. 8. Auflage, unter Benutzung des handschriftlichen Nachlasses bearbeitet von **Heinrich Könige**, Reichsgerichtsrat in Leipzig, **Dr. Joseph Stranz**, Justizrat in Berlin, **Albert Pinner**, Justizrat in Berlin. Berlin 1906/7, J. Guttentag, Verlagsbuchhandlung, G. m. b. H. 1. Band, geh. Mk. 24.—, gebd. Mk. 26.—; 2. Band I. Hälfte, geh. Mk. 7.—.

Die Bearbeiter haben eine verantwortungsvolle Aufgabe in dankenswerter Weise gelöst. Es ist ihnen gelungen, ohne Verzicht auf die eigene wissenschaftliche Forschung und Prüfung dem Lebenswerke Staubs die Eigentümlichkeiten zu erhalten, die es so beliebt gemacht haben, und es den Bedürfnissen der Gegenwart anzupassen. Die neuere Literatur ist in sorgfältiger Weise berücksichtigt, die Gefahr des Ueberwucherns der Zitate jedoch erfreulicherweise vermieden worden.

— — f — — — —

Riedel, Dr. Frhr. v. Kommentar zum Polizeistrafgesetzbuch für das Königreich Bayern vom 26. Dezember 1871. 7. Aufl., herausgegeben von **Carl August von Sutner**, Regierungsassessor (jetzt Regierungsrat) bei der K. Versicherungskammer. München 1907, C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, Oskar Beck. Gebd. Mk. 9.—.

Diese erschöpfende Darstellung des Polizeistrafrechts, die bekanntlich auch größere Teile des Reichsstrafgesetzbuchs eingehend erläutert, ist von dem Herausgeber mit außerordentlicher Umsicht auf den neuesten Stand gebracht worden. P.

1. **Rehm, Dr. Hermann,** Universitätsprofessor in Straßburg i. E. Reichsgesetz über die privaten Versicherungsunternehmungen vom 12. Mai 1901. 2. völlig umgearbeitete Auflage. München 1907, C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, Oskar Beck. Gebd. Mk. 5.50.

2. **Merzbacher, S.,** Justizrat und Rechtsanwalt in Nürnberg. Gesetz über die Erwerbs- und Wirtschafts-Genossenschaften. 2. völlig neu bearbeitete Auflage. München 1907, C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, Oskar Beck. Gebd. Mk. 3.—.

Die beiden Werke sind in der bekannten „Sammlung deutscher Reichsgesetze" erschienen. Sie gehen jedoch, was den Umfang und den Inhalt der Erläuterungen anlangt, über den Rahmen bloßer Textausgaben mit Anmerkungen hinaus. Rehm insbesondere hat seine Ausgabe zu einem kleinen Kommentar ausgestaltet. P.

Guttentag'sche Sammlung deutscher Reichsgesetze. In dieser Sammlung sind folgende neue Textausgaben mit Erläuterungen erschienen:

1. **Lindemann, Otto,** Landrichter. Die Reichsgesetzgebung über gerichtliche Registerführung. Textausgabe der einschlägigen Gesetzesbestimmungen nebst Ausführungsvorschriften mit Anmerkungen und Sachregister. Berlin 1906. Gebd. Mk. 3.—

2. **Sydow, R.,** Unterstaatssekretär. Rechtsanwaltsordnung. Textausgabe mit Anmerkungen und Sachregister. 5. Auflage, bearbeitet von Justizrat **Max Jacobsohn,** Rechtsanwalt in Berlin. Berlin 1907. Gebd. Mk. 1.20.

3. **Parisius, Ludolf,** und **Crüger, Dr. Hans.** Das Reichsgesetz betr. die Gesellschaften m. b. H. Textausgabe mit Anmerkungen und Sachregister. 9. Auflage, bearbeitet von **Dr. Hans Crüger.** Berlin 1907. Gebd. Mk. 1.40.

Marcks, Dr. A., Regierungsrat, Gesetz betr. die Unterhaltung der öffentlichen Volksschulen vom 28. Juli 1906. Textausg. m. Anm. u. Sachreg. Berlin 1906, Verlag von J. Guttentag. Gbd. Mk. 2.—.

Rießer, Dr., Professor, Geh. Justizrat, Das Bankdepotgesetz (Ges. betr. die Pflichten der Kaufleute bei Aufbewahrung fremder Wertpapiere vom 5. Juli 1896). 2. umgearb. Auflage. Berlin 1906. Verlag von O. Liebmann. Brosch. Mk. 3.— ; gebd. Mk. 3.60.

Krückmann, Dr. P., Universitätsprofessor in Münster i. W. und **A. Stroese.** Anfechtung, Wandelung u. Schadensersatz beim Viehkauf. Neudamm 1904, Verlag von J. Neumann. Brosch. Mk. 3.60; gbd. Mk. 4.—.

Stölzle, Dr. H., Rechtsanwalt in Kempten, Viehkauf nach dem BGB. (unter Berücksichtigung des ausländischen Rechts) u. kaiserl. VO. v. 27. März 1899 betr. d. Hauptmängel u. Gewährfristen beim Viehhandel, erl. von H. Weiskopf, K. Kreistierarzt, III. verb. Aufl. Berlin 1904, J. Guttentag. gbd. Mk. 3.—.

Der Mangel an Raum gestattet uns eine Besprechung der oben angeführten Werke nicht. Wir müssen uns damit begnügen, unsere Leser auf sie aufmerksam zu machen.

Binding, Dr. Karl, ordentl. Prof. der Rechte in Leipzig. Grundriß des deutschen Strafrechts, Allgemeiner Teil. 7. verbesserte und vermehrte Auflage. Leipzig 1907, Verlag von Wilhelm Engelmann. (XXIV, 321 S.) Preis gebd. Mk. 7.—.

Ebenbürtig tritt dem Lehrbuch des Besonderen Teils, über das in Nr. 1 des Jahrgangs 1906 berichtet wurde, eine Neuauflage des Grundrisses über den Allgemeinen Teil zur Seite. Gleich hervorragend der Form und dem Inhalte nach bildet sie eine bewundernswerte Bereicherung der Erkenntnis für Wissenschaft und Praxis des Strafrechts. Sorgfältigste Literaturübersichten, häufig mit einer kurzen Notiz über den Wert des Erzeugnisses versehen, sind allen Paragraphen vorangestellt. Neue Paragraphen sind hinzugekommen, bereits bestehende neu ausgeführt oder doch ergänzt worden. So enthält das Werk jetzt u. a. die vollständige Teilnahmelehre. Neue wichtige Probleme, wie z. B. das der Urheberschaft als einer besonderen Teilnahmeform, sind hier in streng logischer und krystallklarer Entwicklung zu einem stolzen festgefügten Gebäude verarbeitet. Bei keiner behandelten Materie sind die neuesten wissenschaftlichen Fragen unberücksichtigt geblieben. Dies gilt vom Tatbestand des Verbrechens und vom Notwehrbegriff nicht weniger wie von der Darstellung der Strafrechtstheorien. In einer glänzenden wuchtigen Vorrede wird mit dem sog. Sicherungsstrafrecht eine gründliche Abrechnung gehalten, und eine kräftige Abfuhr wird an anderer Stelle (S. 237 f.) dem Ruf nach Abschaffung des Strafrechts zu teil.

a. o. Prof. Dr. A. Köhler.

Notizen.

Die Haager Privatrechtsabkommen (Bek. v. 13. März 1907, JMBl. S. 71). Die fortschreitende Kodifikation des internationalen Privatrechts, die bisher zu den vom Reiche ratifizierten Haager Abkommen vom 14. (nicht 4.) November 1896 — RGBl. 1899 S. 285 — und vom 12. Juni 1902 — RGBl. 1904 S. 221, 231, 240 — geführt hat, erfreut sich bei den Justizbehörden noch nicht der gebührenden Beachtung. Die Schwierigkeit des Stoffes und die für die Gesetzgebung verschiedener Staaten berechnete, nicht ohne weiteres verständliche Sprache der Verträge machen dies begreiflich. Es ist deshalb zu begrüßen, daß eine amtliche holländische Kommission es unternimmt, die einschlägigen Materialen und besonders die für die Auslegung der Abkommen wertvollen Entscheidungen der Gerichte aller Vertragsstaaten zu sammeln und herauszugeben. In der Bekanntmachung werden die bayerischen Obergerichte zur Mitwirkung angewiesen. Hoffentlich gelingt es, diese Zusammenstellung für die Justizbehörden in irgend einer Weise nutzbar zu machen. Dem Kundigen wird die Lektüre des Originalwerks von großem Interesse sein. Der offizielle Titel lautet: La codification du droit international privé. Bulletin des conférences de la Haye, publié sous les auspices du gouvernement des Pays-Bas. Die soeben erschienene erste Lieferung enthält u. a. den Wortlaut des vom Reiche noch nicht ratifizierten Haager Abkommens vom 17. Juli 1905, durch welches das Abkommen vom 14. November 1896 ersetzt werden soll.

Juristendeutsch in der Rechtsprechung des Reichsgerichts. In dem Urtexte der Entscheidung des Reichsgerichts vom 23. Februar 1907, die wir in Nr. 8 auf S. 169 ff. veröffentlicht haben, findet sich folgender Satz:

„Gewiß wird der Grundbuchrichter, soweit für ihn, der nach dem Legalitätsprinzip im allgemeinen nur die Rechtsgültigkeit der Eintragungsbewilligungen zu prüfen hat, der Nachweis eines bestimmten, der in der Eintragungsbewilligung enthaltenen Verfügung zugrunde liegenden Kausalgeschäfts gegenüber den unmittelbar Beteiligten überhaupt in Betracht kommen kann, im Falle der Vorlegung formgerechter, den Abschluß des betreffenden Kausalgeschäftes bestätigender Erklärungen der Beteiligten den Nachweis des Abschlusses des Kausalgeschäfts den Beteiligten gegenüber ebenso wie den Nachweis der Rechtsgültigkeit formgerechter Eintragungsbewilligungen für geführt erachten müssen, es sei denn, daß ihm ein sicherer Anhalt dafür geboten ist, daß die Erklärungen unwirksam sind."

Der Laie steht vor diesem rätselvollen Ungetüm ratlos da. Auch der Jurist wird das merkwürdige Satzgebilde längere Zeit betrachten müssen, um seinen Sinn zu ergründen.[1] Man kann ja den vielbeschäftigten Räten des Reichsgerichts nicht zumuten, daß sie die Begründungen aller Urteile und Beschlüsse mit peinlicher Sorgfalt ausfeilen. Aber sie sollten doch bedenken, daß Entscheidungen des Reichsgerichts über so wichtige Fragen, wie sie in dem Beschlusse vom 23. Februar 1907 behandelt sind, die Aufmerksamkeit der ganzen deutschen Juristenwelt auf sich ziehen und deshalb nicht nur dem Inhalte, sondern auch der Form nach musterhaft sein sollten. Zum mindesten sollten grobe Verstöße gegen die Regeln einer guten Schriftsprache vermieden werden. Die Entscheidung vom 23. Februar 1907 enthält auch Ausdrücke wie „der gütergemeinschaftliche (!) Ehemann", „die grundbuchlichen (!) Verfügungen". Solche Mißbildungen kann man sich vielleicht gefallen lassen, wenn man sie in dem flüchtig hingeworfenen Schriftsatze eines überlasteten Anwalts liest. Aber wenn das Reichsgericht in solcher Weise die Sprachverwilderung fördert, müssen wohl alle Versuche erfolglos bleiben, das Amtsdeutsch bei den unteren Instanzen auszurotten.

von der Pfordten.

Verkehrsministerialblatt. Vom 1 April 1907 an erscheint an Stelle des Verordnungs- und Anzeigeblattes für die Kgl. Bayerischen Verkehrsanstalten ein „Verkehrsministerialblatt für das Königreich Bayern", das zur Aufnahme der amtlichen Bekanntmachungen im Bereiche der Verkehrsverwaltung bestimmt ist. Der Preis beträgt 2 Mk. für das Jahr.

[1] Daß der Sinn bei der Umgestaltung richtig getroffen worden ist, die wir bei der Bearbeitung der Entscheidung vorgenommen haben, möchten wir nicht mit Bestimmtheit behaupten

Verantwortl. Herausgeber: Th. von der Pfordten, K. Landgerichtsrat, verw. im Staatsministerium d. Justiz.

Eigentum von J. Schweitzer Verlag (Arthur Sellier) in München.
Druck von Dr. Franz Paul Datterer & Cie., G. m. b. H., Freising.

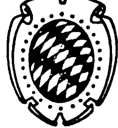
Nr. 10. München, den 15. Mai 1907. 3. Jahrg.

Zeitschrift für Rechtspflege in Bayern

Herausgegeben von Th. von der Pfordten, K. Landgerichtsrat, verw. im K. Bayer. Staatsministerium der Justiz.

Verlag von J. Schweitzer Verlag (Arthur Sellier) in München, Lenbachplatz 1.

Die Zeitschrift erscheint am 1. und 15. jeden Monats im Umfange von mindestens 2 Bogen. Preis vierteljährlich Mk. 3.—. Bestellungen übernimmt jede Buchhandlung und Postanstalt (Postzeitungsliste für Bayern Nr. 974a).



Redaktion und Expedition: München, Lenbachplatz 1. Insertionsgebühr 30 Pfg. für die halbgespaltene Petitzeile oder deren Raum. Bei Wiederholungen Rabatt. Stellenanzeigen 20 Pfg. Beilagen nach Uebereinkunft.

Ueber das Rechtsverhältnis des Zubehörs in der Zwangsversteigerung.

Von Dr. Th. Wolff, Geh. Justizrat, Oberlandesgerichtsrat in Hamm.

Nach § 20 Abs. 2 ZwVG. und § 1120 BGB. ergreift die Beschlagnahme des Grundstücks in der Zwangsversteigerung die Zubehörstücke nicht, welche dem Eigentümer des Grundstücks nicht gehören. Gleichwohl werden nach § 37 Nr. 5 ZwVG. diejenigen, welche ein der Versteigerung entgegenstehendes Recht haben, aufgefordert, vor der Erteilung des Zuschlags die Aufhebung oder die einstweilige Einstellung des Verfahrens herbeizuführen, widrigenfalls der Versteigerungserlös an die Stelle des versteigerten Gegenstandes treten würde, und nach § 55 Abs. 2 erstreckt sich die Versteigerung des Grundstücks auch auf die Zubehörstücke, die sich im Besitz des Schuldners oder eines neu eingetretenen Eigentümers befinden, auch dann, wenn sie einem Dritten gehören, sofern dieser sein Recht nicht nach Maßgabe des § 37 Nr. 5 geltend gemacht hat. Diese Bestimmungen haben zu den Zweifeln Veranlassung gegeben, gegen wen der Dritte sein Recht geltend zu machen hat, ob er es nur im Prozeßwege geltend machen kann, ob die Freigabeerklärung genügt und ob diese Freigabe von dem betreibenden Gläubiger oder von sämtlichen Beteiligten erklärt werden muß, wenn sie Wirkung haben soll.

Während das Eigentum eines Dritten durch die Mobiliarpfändung unmittelbar beeinträchtigt wird, weil der Gerichtsvollzieher die gepfändete Sache für den Gläubiger in Besitz nimmt (§ 808 ZPO.), wird das fremde Eigentum an einem Zubehörstücke durch die Eröffnung des Zwangsversteigerungsverfahrens, welches zunächst das Grundstück selbst zum Gegenstand hat, nicht unmittelbar beeinträchtigt. Da der Dritte aber sein Eigentum an dem Zubehör unter den Voraussetzungen des § 55 Abs. 2 verliert, so ist das Eigentum unter der Bedingung verletzt, daß sich der Eigentümer gegen den drohenden Verlust nicht wehrt; eine in dieser Weise bedingte Rechtsverletzung, die der Abwehr notwendig bedarf, steht einer unbedingten gleich. Durch die Eröffnung des Verfahrens wird daher das Eigentum des Dritten verletzt. Die Klage, die durch die Verletzung und drohende Entziehung des Eigentums begründet wird, kann sich aber nur gegen denjenigen richten, welcher das Eigentum verletzt. Die Verletzung geschieht durch den Gläubiger, der das die Eigentumsverletzung verursachende Verfahren betreibt (oder ihm beigetreten ist). Der Dritte kann sein Eigentumsrecht daher nur gegen ihn, nicht gegen andere Personen verteidigen, die der Rechtsverletzung fernstehen. Auch das Reichsgericht (JW. 1904 S. 413 Nr. 27) hält nur den betreibenden und den beigetretenen Gläubiger für passiv legitimiert.

Ist aber nur dieser Gläubiger für die Widerspruchsklage des § 771 ZPO. passiv legitimiert, so ist er auch zur Freigabe des fremden Zubehörstücks mit der Wirkung berechtigt, daß diese Verfügung seiner Verurteilung zur Freigabe gleichsteht. Denn, wer passiv zur Klage legitimiert ist, ist zur Verfügung über das von dem Dritten in Anspruch genommene Recht berechtigt, weil die Prozeßführung immer die Verfügungsbefugnis über den Gegenstand des Rechtsstreits voraussetzt; und wer über ein Recht verfügen darf, kann dies Recht auch freiwillig anerkennen. Durch das Urteil wird — abgesehen von hier nicht in Betracht kommenden Ausnahmen — nicht ein neues Recht oder Rechtsverhältnis begründet, sondern nur das schon bestehende Rechtsverhältnis und das schon entstandene Recht als bestehend festgestellt, diese Feststellung kann daher keine größere Wirkung haben, als die durch die freiwillige Erklärung der Partei erfolgte Feststellung; die Verurteilung zur Freigabe einer Sache von der Zwangsvollstreckung kann demnach nicht größere Wirkung haben, als die freiwillig erklärte Freigabe.

Im Verhältnis zu der freiwilligen Anerkennung des in Anspruch genommenen Rechts kann das Judikat nur besondere prozessuale Folgen haben, wie es z. B. zur Grundlage der Zwangs-

vollstreckung dient; die größere Wirkung der Verurteilung gegenüber der freiwilligen Freigabe hat daher keine materielle, sondern nur formelle Bedeutung.

Diese formelle Bedeutung tritt auch in der Zwangsversteigerung hervor. Denn jede Einstellung oder Aufhebung des Verfahrens bedarf nach §§ 29, 32 ZwVG. eines Beschlusses, und, da durch die Anerkennung eines der Zwangsversteigerung entgegenstehenden Rechtes an einem Zubehörstück dieses Zubehörstück, welches andernfalls der Versteigerung unterliegen würde, vom Verfahren ausgeschlossen, das Verfahren hinsichtlich dieses Gegenstandes also aufgehoben wird, so muß diese Aufhebung des Verfahrens durch Beschluß angeordnet werden. Dieser Beschluß ist, wenn ihn das Prozeßgericht nicht erlassen hat, vom Vollstreckungsgericht, d. h. vom Versteigerungsgericht, zu erlassen (vgl. § 31 Abs. 2). Im Falle der freiwilligen Anerkennung wirkt das Prozeßgericht nicht mit, braucht wenigstens nicht mitzuwirken, weil ein prozessuales Verfahren zwecklos sein und der Dritte, der ein vom betreibenden Gläubiger anerkanntes Recht trotz dieser Anerkennung im Streitverfahren geltend macht, nach § 93 ZPO. mit den Kosten belastet werden würde, deren Wiedererstattung er nicht fordern kann. In Ermangelung der Mitwirkung des Prozeßgerichts liegt daher dem Versteigerungsgericht die Anordnung der Aufhebung des Verfahrens in den freigegebenen Gegenstand ob.

Das Versteigerungsgericht muß im Falle der Anerkennung das Verfahren in Ansehung des vom Verfahren ausgeschlossenen Zubehörstücks aufheben. Denn, wenn der allein zum Betreiben der Zwangsversteigerung legitimierte Gläubiger das der Versteigerung entgegenstehende Recht anerkannt hat, hat die Zwangsvollstreckung in diesen Gegenstand ihre sachliche Unterlage verloren und darf nicht fortgeführt werden. Ebenso wie der Prozeßrichter den Beklagten seinem Anerkenntnis gemäß zur Aufhebung der Zwangsvollstreckung in den vom Dritten in Anspruch genommenen Gegenstand ohne weiteres verurteilen müßte, muß das Vollstreckungsgericht ohne jede Sachprüfung die Zwangsvollstreckung der Freigabeerklärung gemäß aufheben.

Diese Aufhebung erfolgt durch Beschluß, der gesondert erlassen wird, sie muß aber auch durch den Zuschlagsbeschluß erfolgen können, wenn darin das Zubehörstück von der Zwangsversteigerung ausgeschlossen und dadurch dem Ersteher nicht mitzugeschlagen wird. (Ein bloßer Vorbehalt im Zuschlagsbeschluß würde nicht genügen, RGE. Bd. 39 S. 292).

Auch auf die erst nach dem Versteigerungstermin erklärte Freigabe wird das Verfahren hinsichtlich des freigegebenen Gegenstands durch gesonderten Beschluß oder durch den Zuschlagsbeschluß aufgehoben. Denn der § 33, wonach der Zuschlag zu versagen ist, wenn ein Grund zur Aufhebung oder Einstellung des Verfahrens erst nach dem Schlusse der Versteigerung hervortritt, betrifft nur das Verfahren in Ansehung des Grundstücks selbst, nicht auch in Ansehung von Zubehörstücken, weil er seinen Grund in der Erwägung hat, daß nach § 72 Abs. 3 das Gebot des Meistbietenden im Falle der Einstellung oder Aufhebung des Verfahrens erlischt und nicht wieder auflebt, auch wenn der Einstellungs- oder Aufhebungsbeschluß im Beschwerdewege aufgehoben wird. Indessen würde die Versagung des Zuschlags hinsichtlich eines einzelnen Zubehörstücks seinem Ausschluß von der Zwangsversteigerung gleichstehen, da es auf die Wortfassung nicht ankommt.

Diese Sätze entsprechen im wesentlichen der allgemeinen Ansicht und sind im allgemeinen auch von v. d. Pfordten in dieser Zeitschrift (Bd. 2 S. 89 ff., 116 ff.) vertreten. Sie sind aber nicht unbestritten. Es ist

1. eingewendet, die Zugehörigkeit fremder Pertinenzien zur Versteigerungsmasse sei eine gesetzliche Versteigerungsbedingung, die Abänderung der gesetzlichen Bedingung sei eine vereinbarte Verkaufsbedingung, eine Verkaufsbedingung könne aber nach § 59 ZwVG. nur mit Zustimmung aller Interessenten getroffen werden (Herold in dieser Zeitschr. Bd. 2 S. 217, 218, Levis in der Zeitschrift für Deutschen Zivilprozeß Bd. 35 S. 87 ff.). Es ist zwar richtig, daß die Ausdehnung des Zuschlags auf fremde Zubehörstücke eine gesetzliche Verkaufsbedingung ist, und daß die gesetzlichen Verkaufsbedingungen durch vereinbarte Verkaufsbedingungen ganz oder teilweise ausgeschlossen oder geändert werden können, (Anm. 2 zu § 55 ZwVG. in meinem Kommentar). Die Zugehörigkeit der fremden Pertinenzien ist aber gesetzlich keine unbedingte, sondern besteht nur unter der Bedingung, daß der Eigentümer sein Recht nicht nach Maßgabe des § 37 Nr. 5 geltend gemacht hat; hat er sein Recht in dieser Weise geltend gemacht, so besteht also die gesetzliche Verkaufsbedingung nicht und es kann dann von einer vereinbarten Versteigerungsbedingung des § 59 keine Rede sein. Hat der Reklamant den Antrag auf Freigabe der Sache gestellt und der Prozeß- oder der Subhastationsrichter hat auf Grund der zustimmenden Erklärung des betreibenden Gläubigers die Aufhebungsverfügung erlassen, so ist, wie oben erörtert ist, dem § 37 Nr. 5 genügt. Um eine vereinbarte Verkaufsbedingung kann es sich demnach nur dann handeln, wenn der Dritte sein Recht nicht oder nicht rechtzeitig geltend gemacht hat.

2. Von der Theorie der Verkaufsbedingung gehen auch Reinhard (Kommentar zu § 37 unter



IV 4 S. 198), das Oberlandesgericht zu Dresden (Rspr. der OLG. Bd. 8 S. 4 ff.) und Mangler (im Sächs. Arch. Bd. 14 S. 154 ff.) aus. Sie stützen ihre Ansicht außerdem auch auf die folgenden allgemeinen Gründe: Wenngleich die Versteigerung nur auf Antrag des betreibenden Gläubigers eingeleitet und nicht gegen seinen Willen fortgesetzt werde, so erfolge sie doch, wenn sie stattfinde, im Interesse aller Beteiligten und vollziehe sich nach den gesetzlichen Regeln, von denen zugunsten eines Beteiligten nicht ohne seine Zustimmung abgewichen werden könne; sonst würde der betreibende Gläubiger, der wegen der Sicherheit seiner Hypothek kein Interesse an der Versteigerung der Zubehörstücke habe oder der mit dem Reklamanten kolludiere, das Recht der übrigen Beteiligten, auch des Schuldners, beeinträchtigen können. Die freiwillige oder erzwungene Freigabeerklärung sei auch nicht eine Zurücknahme des Versteigerungsantrags in Ansehung der Zubehörstücke, denn eine Zurücknahme dieses Antrages könne nach § 29 rechtswirksam nur hinsichtlich des ganzen Grundstückes, nicht aber hinsichtlich einzelner Zubehörstücke erklärt werden, auf die sich kraft Gesetzes die Beschlagnahme miterstreckt habe, da das Gesetz bindend vorschreibe, in welchem Umfange die mit dem Beschluß auf Anordnung der Versteigerung eintretende Beschlagnahme entstehe, und der Gläubiger daher diese Wirkung nicht einschränken könne. Auf Grund dieser Erwägungen nehmen Reinhard, Mangler und das OLG. Dresden sogar an, daß der Beschluß des Prozeßgerichts nicht genüge, das Zubehörstück vom Verfahren auszuschließen, weil allen Beteiligten, in deren Interesse die Versteigerung erfolge, die Möglichkeit gewährt werden müsse, die durch den Prozeßrichter verfügte oder von dem Gläubiger bewilligte Ausschließung einzelner, möglicherweise wertvoller, Mobilien vom Verkauf zum Nachteil der übrigen Interessenten zu bekämpfen. Und da sie ohne einen Vollstreckungstitel dem Verfahren nicht beitreten und zur Anfechtung der Entscheidung des Prozeßgerichtes nicht legitimiert seien, so wird angenommen, daß eine Entscheidung des Vollstreckungsgerichts ergehen müsse, gegen welche ihnen die Beschwerde zustehe, wie denn auch im § 32 ein solcher Beschluß vorausgesetzt werde und der § 95 die Anordnung der Aufhebung des Verfahrens ausdrücklich unter den Entscheidungen aufführe, die mit der Beschwerde angefochten werden könnten.

Aber schon der Ausgangspunkt dieser Begründung ist unrichtig. Denn die Versteigerung erfolgt nicht im Interesse aller Beteiligten, sondern kann nur, wie jede Zwangsvollstreckung, für denjenigen, also nur im Interesse desjenigen erfolgen, welcher sie fordert und betreibt, sie erfolgt daher nur im Interesse des Gläubigers, wenn auch unter Wahrung der Interessen der übrigen Beteiligten; die Befriedigung der übrigen Interessenten ist, wie in den Motiven zu § 32 des ersten Entw. des ZwVG. hervorgehoben wurde, „nur eine Folge des Einflusses, welchen der Zuschlag auf verschiedene Rechte an dem Grundstück hat". Ohne den Antrag des Gläubigers darf die Zwangsvollstreckung nicht eingeleitet, und ohne seinen Willen darf sie nicht fortgesetzt werden, er ist daher der einzige, welcher über den Fortgang des Verfahrens verfügen kann. Das Verfahren ist durch das Gesetz auch nicht in einer die Verfügung des Gläubigers im allgemeinen einschränkenden Weise geregelt, die Grenzen, die ihm gezogen sind, sind im wesentlichen nur im Interesse des Schuldners bestimmt, für die Interessen der übrigen Beteiligten sind nur bestimmte, das Belieben des Gläubigers einschränkende Vorschriften gegeben, welche einer Erstreckung auf andere Fälle nicht fähig sind: zugunsten der übrigen Beteiligten sind der Grundsatz des geringsten Gebots, die Vorschriften über ihre Ladung und Zuziehung gegeben, aber über den Umfang der Zwangsversteigerung ist wohl zugunsten des Schuldners die Vorschrift des § 76, aber zugunsten der übrigen Beteiligten ist in dieser Beziehung keine Vorschrift erlassen. Eine solche Vorschrift brauchte zu ihren Gunsten auch nicht getroffen zu werden, weil sie an dem Umfang der Versteigerung kein Interesse haben. Denn den Mehrerlös, der durch die Mitversteigerung einer fremden Sache erzielt wird, verlieren sie doch wieder, weil der Dritte nach § 37 Nr. 5 an Stelle der Sache den verhältnismäßigen Betrag des Versteigerungserlöses geltend macht und selbst nach der Verteilung von dem letzten Perzipienten einzieht (Anm. 6 zu § 37, Anm. 8, 9 zu § 55 meines Kommentars). Gehört dem Reklamanten aber die Sache nicht, so schadet den Beteiligten weder eine Kollusion noch eine Konnivenz des Gläubigers, da sie ihr dingliches Recht an dem Gegenstande nicht verlieren. Denn ein Gegenstand, auf welchen sich nach §§ 1120 ff. BGB. die Hypothek erstreckt, kann nicht durch die Handlung eines Dritten, auch nicht durch die Handlung eines Mitgläubigers, von der Haftung befreit werden, sie kann daher auch durch den Ausschluß von der Versteigerung der Haftung nicht entzogen werden, mag die Ausschließung auf Grund einer freiwilligen Erklärung des Gläubigers oder auf Grund seiner Verurteilung zur Freigabe erfolgt sein; ein Grundsatz, welchen auch das Reichsgericht (Entsch. Bd. 55 S. 416) anerkannt hat.

Ein Interesse, der Entfernung des Zubehörs von dem Grundstück zu widersprechen, können daher nur diejenigen Berechtigten haben, deren Forderungen bestehen bleiben, also die dem Gläubiger vorgehenden Hypothekenberechtigten. Diese Interessenten sind durch die §§ 1134, 1135 BGB. geschützt, wonach sie berechtigt sind, im Wege der Klage — deren Erfolg durch eine einstweilige Verfügung gesichert werden kann — der Ausschließung von Zubehörstücken oder Bestandteilen von der Versteigerung zu widersprechen (Anm. 8 zu § 20, Anm. 2c zu § 31 meines Komm.), ein Recht, welches ihnen

selbst der Anordnung des § 65 gegenüber zusteht (Denkschrift zu § 65, Anm. 4 zu § 65).

Eine teilweise Zurücknahme des Versteigerungsantrages, deren Zulässigkeit auch Lindemann (Bd. 2 S. 205 dieser Zeitschrift) bestreitet, ist wegen des Verfügungsrechts des Gläubigers über die Zwangsvollstreckung als zulässig anzuerkennen (Anm. 3 zu § 1, Anm. 3 a zu § 16, Anm. 8 zu § 20 ZwVG.). Es handelt sich aber, wie auch Herold (a. a. O. S. 218), wenn auch mit unrichtiger Folgerung, anerkennt, nicht einmal um eine teilweise Zurücknahme des Versteigerungsantrages. Denn das einem Dritten gehörende Zubehörstück ist von der Beschlagnahme nicht ergriffen und verfällt dem Ersteher nur, wenn der Dritte sein Eigentum nicht rechtzeitig geltend macht, der Gläubiger zieht daher durch die Freigabe nicht den Zugriff in diesen Gegenstand zurück, weil sein Zugriff sich auf den Gegenstand nicht erstreckt hat. Von dem Verfahren wird die Sache zwar ergriffen, aber nur unter der angegebenen Voraussetzung der unterlassenen Geltendmachung des Eigentums gegenüber dem Gläubiger. Von diesem Verfahren muß sie daher auf Grund der Freigabeerklärung durch einen Gerichtsbeschluß ausgeschieden werden, aber diese Ausscheidung erfolgt nicht, weil der Gläubiger die Beschlagnahme dem Schuldner gegenüber teilweise aufgibt, sondern weil er anerkennt, daß die Bedingung der Ausscheidung zu Recht besteht. Dem Schuldner gegenüber zieht er dadurch seinen Zugriff überhaupt nicht zurück, die Anerkennung des Rechts des Reklamanten durch den Gläubiger kann sogar im Widerspruch mit dem Willen des Schuldners geschehen.

3. Lindemann meint (S. 206), die Einstellung des Verfahrens nach § 30 Abs. 2 sei nur zugunsten des Schuldners zulässig, eine Einstellung zugunsten eines Dritten kenne das Gesetz nicht, die Freigabeerklärung sei nicht vorläufig, sondern endgültig, die einstweilige Einstellung auf Grund der Freigabeerklärung würde daher nur eine verschleierte teilweise Aufhebung des Verfahrens hinsichtlich des freigegebenen Zubehörs sein. Es ist zwar richtig, daß der § 30 nur die Einstellung und Aufhebung des Verfahrens zugunsten des Schuldners betrifft, aber der § 771 ZPO. betrifft die Einstellung und Aufhebung der Zwangsvollstreckung zugunsten des Dritten, die Vorschriften der ZPO. über die Zwangsvollstreckung finden auf die Zwangsversteigerung Anwendung, soweit für diese nicht besondere Bestimmungen getroffen sind, und die §§ 28, 31 ZwVG. betreffen auch die Einstellung und Aufhebung des Verfahrens zugunsten Dritter. Ist der Anspruch des Dritten streitig, aber glaubhaft gemacht, so hat das Versteigerungsgericht die vorläufige Einstellung, ist er unbestritten, so hat es die Aufhebung des Verfahrens hinsichtlich des in Anspruch genommenen Gegenstandes anzuordnen.

4. Die Ansicht vom Lewis (in der Zeitschr. f. deutschen Zivilprozeß, Bd. 35 S. 87 ff.), daß die gesonderte Einstellung oder Aufhebung des Verfahrens in Ansehung eines Zubehörstücks unzulässig sei, widerlegt sich unmittelbar durch den § 55 Abs. 2, welcher, wie Herold (S. 215) zutreffend annimmt, gradezu „zeigt, daß die Zwangsversteigerung im übrigen ungehindert weitergeführt werden kann“.

5. Zweifelhaft ist die Frage, welche Wirkung der Aufhebungsbeschluß hat, wenn er nach dem Versteigerungstermin, aber vor der Erlassung des Zuschlagsbeschlusses angeordnet ist. v. d. Pfordten meint in Uebereinstimmung mit der Entscheidung des OLG. in Kiel (Rechtsprechung Bd. 6 S. 430), daß in diesem Falle das Meistgebot hinfällig werde, weil es unter anderen als den maßgebenden Versteigerungsbedingungen abgegeben worden sei, und der Ersteher geschädigt werden würde, wenn ohne sein Wissen der betreibende Gläubiger dem Schuldner die Erlaubnis zu einer Veräußerung mithaftender Sachen erteilen würde, und daß deshalb eine neue Versteigerung stattfinden müsse, selbst wenn das Zubehörstück von geringem Werte ist. Wie schon erwähnt, kann der die formelle Behandlung betreffende § 33, der sich nur auf das gesamte Verfahren bezieht, hier nicht zur Anwendung kommen. Aber auch aus sachlichen Gründen darf die Schädigung des Erstehers nicht zur Versagung des Zuschlags führen. Geschädigt wird der Ersteher zwar, da er den Verlust tragen muß, wenn der Reklamant sein Eigentum in dieser Zwischenzeit mit Erfolg geltend macht, während im Falle der vorher oder nachher erfolgten Reklamation die Versteigerungsmasse d. h. der letzte Perzipient den Verlust trägt. Mit diesem Verlust muß der Ersteher aber rechnen. Schon die Verfügungen des Schuldners, an denen dieser auch in der Zwischenzeit nicht gehindert ist, können dem Ersteher zum Nachteil gereichen, wenn sie in den Grenzen einer ordnungsmäßigen Bewirtschaftung des Grundstücks getroffen werden, § 24 (Anm. 5 zu § 90). Mit dem Schlusse des Versteigerungstermins geht aber nicht nur die Gefahr hinsichtlich des Zubehörs auf den Ersteher über, sondern ist ihm auch der Anspruch auf Gewährleistung versagt, § 56, er kann sich daher über das Fehlen von beweglichen Sachen, deren Zugehörigkeit zum Grundstück er erwartet hatte, nicht beklagen (vgl. Anm. 6 Abs. 10 zu § 37, Anm. 5 zu § 55, Anm. 5 zu § 99). Im Falle der Kollusion des Reklamanten mit dem Gläubiger oder dem Schuldner kann er zwar nach § 826 BGB. den Ersatz seines Schadens fordern, der Zuschlag darf aber auch in diesem Falle nicht versagt werden.

Forstrechtsänderungen seit Einführung des Grundbuchrechts.

Von Amtsrichter Spaett in Traunstein.

Aenderungen in dem Bestande von Forstrechten sind im Rechtsverkehr keine seltene Erscheinung, insbesondere in den südlichen Teilen Bayerns, in denen namentlich die Staatswaldungen mit zahlreichen Berechtigungen belastet sind. Trotz der verhältnismäßigen Häufigkeit der Aenderungen werden aber die hierüber geschlossenen Verträge auch jetzt noch vorwiegend in den gewohnten, dem früheren Rechte angepaßten Formen abgefaßt, ohne daß hierbei der Einwirkung des neuen, formellen und materiellen Liegenschaftsrechts genügend Rechnung getragen wird. Eine kurze Erörterung dieser Einwirkung auf die häufigeren Arten von Forstrechtsänderungen dürfte daher nicht überflüssig sein.

I. Den Ausgangspunkt für die nachstehenden Ausführungen soll eine gedrängte Darstellung der rechtlichen Natur der Forstrechte, sowie eine kurze Darlegung des früheren Rechtszustandes bilden.

1. Die wesentlichen dinglichen Forstberechtigungen sind:

a) Das Recht zum Bezuge von Bau-, Werk- und Nutzholz, sowie zum Bezuge von Brennholz;

b) das Waldweiderecht;

c) das Recht auf Windbrüche, Raff- und Leseholz.

An sich konnten diese Berechtigungen, abgesehen von der Berechtigung unter b), als Grunddienstbarkeit oder als Reallast begründet werden. Die Begründung als Grunddienstbarkeit bildete jedoch die weit überwiegende Regel, für die Eigenschaft als Grunddienstbarkeit spricht daher die Vermutung; auch die Bestimmungen in Art. 23 u. 24 des ForstG. beruhen auf der Annahme der Grunddienstbarkeitseigenschaft. Die Annahme einer Grunddienstbarkeit wird auch nicht dadurch ausgeschlossen, daß bei zahlreichen Forstberechtigungen eine Anweisung des Berechtigungsholzes durch den Eigentümer der belasteten Grundstücke erfolgt oder für den Bezug des Berechtigungsholzes seitens der Berechtigten Rekognitionsgebühren, Forstzinse u. dgl. an den Eigentümer der belasteten Grundstücke zu entrichten sind (Bayr. LR. T. II cap. VII § 2 lit. c, § 1 lit. a; Kreittmayr, Anm. 1 c zu LR. II, 8, 15; vgl. auch BGB. § 1021, Entsch. d. ObLG. i. ZS. Bd. 4 S. 377).

Das Vorliegen einer Reallast ist nur bei Holzberechtigungen in den seltenen Fällen anzunehmen, in denen der Eigentümer des belasteten Grundstücks das Berechtigungsholz an den Berechtigten zu liefern hat oder in denen das Recht auf dem belasteten Grundstücke als feste, jährliche Leistung ohne Rücksicht auf dessen Bestand als Wald ruht (vgl. Ganghofer-Weber, ForstG. 4. Aufl. S. 83 ff.; Henle, Anlegg. d. Grundb. 2. Aufl. S. 341 f.).

Soweit Forstberechtigungen als Reallasten begründet sind, sind sie in vereinzelten Fällen auch gar nicht mit bestimmten Anwesen verbunden und als selbständige Berechtigungen frei veräußerlich und vererblich.

2. Nur die zuletzt genannten, frei veräußerlichen und vererblichen Berechtigungen kamen unter der Herrschaft des bayerischen Hypothekengesetzes als selbständige Hypothekenobjekte in Betracht (§ 3 HypG., Entsch. d. oberst. Gerichtsh. in ZS. Bd. 1 S. 299). Die an solchen Berechtigungen zur Zeit der Anlegung des Grundbuchs eingetragenen Hypotheken haben sich in gewöhnliche Pfandrechte an Rechten im Sinne der §§ 1273 ff. BGB. verwandelt, da derartige Berechtigungen nunmehr nicht zu den Rechten gehören, für welche die sich auf Grundstücke beziehenden Vorschriften gelten (Art. 17 AG. z. BGB., Art. 61 UeG.).

In den meisten Fällen hat demnach der unter der Herrschaft des bayerischen Hypothekengesetzes betätigte Vortrag einer Forstberechtigung bei den berechtigten Anwesen nicht die Bedeutung, daß die Verpfändung eines selbstständigen Hypothekenobjekts vorliegt; die Seltenheit derartiger Berechtigungen würde ja schon gegen eine solche Annahme sprechen. Derartige Vorträge beruhen vielmehr fast ausschließlich darauf, daß die mit einem Grundstücke aktiv verbundenen Grundgerechtigkeiten nach der Auffassung des bayerischen Hypothekengesetzes als Zubehörungen erscheinen, deren Einschreibung im Hypothekenbuche zum Erwerbe des Schutzes durch die Oeffentlichkeit des Hypothekenbuchs bei gesetzlichen Zubehörungen zwar nicht notwendig, aber auf Antrag der Beteiligten immerhin zulässig war. Die Hypothekenämter hatten umsoweniger Anlaß, Forstberechtigungen von der Eintragung auszuschließen, als gerade das Bestehen von Forstberechtigungen den Wert des Hypothekenobjekts in vielen Fällen wesentlich erhöht; überdies erblickten auch die Hypothekengläubiger gerade in der Eintragung der Forstrechte einen besonderen Schutz gegen ihre willkürliche Veräußerung durch den Schuldner, zumal es nach Anschauung mancher Hypothekenämter zweifelhaft war, ob zur Ablösung der im Hypothekenbuch bei den berechtigten Anwesen nicht vorgetragenen Forstrechte die Zustimmung der Hypothekgläubiger überhaupt erforderlich sei (vgl. Gönner, Komm. z. HypG. Bd. I S. 355; Regelsberger, Bayer. HypR. 2. Aufl. § 16 Ziff. 2 u. 3, § 71 zu Note 3, 4 u. 5, Entsch. d. ObLG. i. ZS. Bd. 4 S. 176).

II. Mit den vorstehenden Darlegungen sind zugleich die Grundlagen für die Behandlung von Forstrechtsänderungen gegeben, die unter der Herrschaft des Grundbuchrechts erfolgen, insbesondere auch für die grundbuchamtliche Behandlung derartiger Aenderungen.

Die mit den Forstrechten belasteten Grundstücke werden wohl in den meisten Fällen im Grundbuche eingetragen sein, da auch seitens der Gemeinden und ebenso seitens des Forstärars bezüglich der Waldgrundstücke Antrag auf Anlegung von Grundbuchblättern gestellt wurde. Eine Eintragung der Forstrechte selbst auf den belasteten Grundstücken wird dagegen in den wenigsten Fällen erfolgt sein, da einerseits Grunddienstbarkeiten dem Eintragungszwange gemäß Art. 10 UeG. nicht unterworfen sind und anderseits gerade die Eintragung von Forstrechten wegen der vielfachen Begrenzung und Bestimmung des Rechts des einzelnen Berechtigten durch die Rechte andrer Berechtigter erheblichen Schwierigkeiten begegnet (vgl. Henle a. a. O. S. 348).

Für den Grundbuchverkehr kommen nur mehr die Forstrechtsablösungen und die sog. Forstrechtstransferierungen in Betracht. Neubegründungen von Forstrechten oder auch Erweiterungen bestehender Forstrechte sind durch Art. 33 ForstG., Art. 115 EG. z. BGB., Art. 86 AG. z. BGB. ausgeschlossen.

1. Forstrechtsablösungen stellen sich dar als Aufhebung dinglicher Rechte durch entgeltlichen Verzicht.

a) Ist das Forstrecht als Reallast gemäß § 21 VO. vom 23. Juli 1898 oder als Dienstbarkeit im Anlegungsverfahren bei dem belasteten Grundstücke eingetragen worden, so ist zur Aufhebung gemäß Art. 189 Abs. 1 und 3 EG. z. BGB., § 873 BGB. die Einigung der Eigentümer des herrschenden und dienenden Grundstücks und die Eintragung der Aufhebung im Grundbuche erforderlich. Auch die Zustimmung der Hypothekgläubiger des berechtigten Grundstücks zur Aufhebung ist notwendig (§ 876 BGB.), gleichviel ob das Forstrecht auch auf dem Blatte des herrschenden Grundstücks vorgetragen ist oder nicht; denn auch in letzterem Falle erstreckt sich die Hypothek auf das Recht gemäß §§ 1120, 96 BGB.; wenn jedoch das Forstrecht nur auf dem Blatte des dienenden Grundstücks vorgetragen ist, bedarf es der Bewilligung der Hypothekgläubiger zur Löschung des Rechts im Grundbuche nicht (§ 21 GBO.); in letzterem Falle ergibt sich dann allerdings der sonderbare Rechtszustand, daß das Recht trotz der formell ordnungsmäßigen Löschung bis zur Zustimmungserteilung seitens der Hypothekgläubiger noch fortbesteht.

b) Ist das Forstrecht lediglich bei dem berechtigten Grundstücke vorgetragen, so erfolgt die Aufhebung gemäß Art. 189 Abs. 3 EG. z. BGB. nach den altrechtlichen Vorschriften, da nach Grund und Zweck dieser Bestimmung unter „Eintragung im Grundbuch" nur die Eintragung auf dem belasteten Grundstücke verstanden werden kann; zur rechtsgeschäftlichen Aufhebung ist demnach in diesen Fällen und zwar gleichviel, ob das Forstrecht die Natur einer Dienstbarkeit oder einer Reallast hat, gemäß Art. 46 Abs. 2, 11 und 12 des UeG. die in öffentlich beglaubigter Form abgegebene Erklärung des Berechtigten gegenüber dem Eigentümer erforderlich und genügend, daß er die Dienstbarkeit aufgebe. Die Zustimmung der Hypothekgläubiger des herrschenden Grundstücks ist zur Aufhebung notwendig (Art. 12 Abs. 2 UeG.); die Zustimmung ist an sich an keine Form gebunden, dem Grundbuchamte gegenüber kann die Zustimmung nicht erklärt werden (vgl. Henle-Schneider Note 4 zu Art. 12 UeG.).

Der seitens der Beteiligten in solchen Fällen gestellte Antrag auf Abschreibung des Forstrechts von dem Blatte des berechtigten Anwesens stellt sich demnach lediglich als Antrag auf Berichtigung des Grundbuchs nach § 22 GBO. dar; zur Begründung des Antrags ist neben der vorbezeichneten Erklärung des Berechtigten auch die Zustimmungserklärung der etwaigen Hypothekgläubiger, und zwar auch letztere gemäß § 29 GBO. in öffentlich beglaubigter Form, vorzulegen.

c) Ist das Forstrecht weder bei dem belasteten noch bei dem berechtigten Grundstücke eingetragen, so ist der unter der Herrschaft des früheren Rechts auch in solchen Fällen als zulässig erachtete Antrag, das Forstrecht hypothekfrei von dem Blatte des berechtigten Grundstücks abzuschreiben, nach jetzigem Recht unzulässig; denn die Aufhebung des Rechts vollzieht sich, wie dargelegt, außerhalb des Grundbuchs, eine Berichtigung des Grundbuchs aber kann nicht in Frage kommen, da ein unrichtiger Eintrag nicht vorhanden ist (vgl. Entsch. d. ObLG. i. ZS. Bd. 4 S. 176).

2. Die sog. Forstrechtstransferierungen sind rechtlich als Aufhebung eines bestehenden Forstrechts und Neubestellung eines Forstrechts gleichen Umfangs zu gunsten eines anderen Grundstücks aufzufassen. Derartigen Transferierungen steht das Verbot in Art. 33 ForstG. nicht entgegen; denn nach der Entstehungsgeschichte dieser Gesetzesbestimmung und der ihr in der Praxis zu teil gewordenen Auslegung ist durch sie nur die Beschwerung von Waldgrundstücken mit neuen Lasten, nicht aber ein Wechsel in den herrschenden Grundstücken ausgeschlossen. Auch Art. 86 AG. z. BGB. steht den Transferierungen nicht entgegen; denn durch Art. 86 a. a. O. soll lediglich die Rechtseinheit zwischen den Landesteilen rechts und links des Rheins hergestellt werden (vgl. Ganghofer-Weber, ForstG. Note 2 zu Art. 33, aut. FMEntschl. vom 26. August 1905 Nr. 10706). Bezüglich der in der Transferierung liegenden Aufhebung des bisherigen Forstrechts gilt das zu Ziff. 1 Ausgeführte.

Die Neubestellung des Forstrechts bemißt sich, wenn die zu belastenden Grundstücke im Grundbuche vorgetragen sind, vollständig nach den Be-



stimmungen des neuen Liegenschaftsrechts (§ 873 BGB.). Der bei Forstrechtstransferierungsverträgen noch vielfach übliche, den unter der Herrschaft des früheren Rechts geschlossenen Verträgen entnommene Antrag, das Forstrecht bei dem bisher berechtigten Grundstücke oder Anwesen abzuschreiben und es bei dem neu berechtigten zuzuschreiben, entspricht demnach in solchen Fällen nicht den neuen gesetzlichen Vorschriften; denn soweit der letztere Antrag einen Vermerk des Rechts bei dem neu berechtigten Grundstücke im Sinne der Bestimmung in § 8 GBO. bezweckt, ist zu beachten, daß ein solcher Vermerk die rechtsgültige Entstehung des Rechts voraussetzt. Da aber das neubegründete Recht gemäß § 873 BGB. erst durch die Eintragung auf dem belasteten Grundstücke entsteht, ist zunächst ausdrücklich diese Eintragung zu bewilligen und zu beantragen; in der Eintragungsbewilligung sind die belasteten Grundstücke nicht etwa nur, wie vielfach üblich, allgemein, z. B. mit „Waldungen des Forstamtsbezirkes X.", sondern nach Plannummern oder durch Hinweisung auf das Grundbuchblatt zu bezeichnen (§ 28 GBO.; vgl. Entsch. d. ObLG. i. ZS. Bd. 4 S. 234).

Ist das transferierte Forstrecht eine Reallast, so ist außerdem nicht außer acht zu lassen, daß gemäß Art. 85 AG. z. BGB. nur mehr das Recht auf regelmäßig wiederkehrende Leistungen von fest bestimmten Mengen von Bodenerzeugnissen als Reallast bestellt werden kann und gleichzeitig der Geldbetrag bestimmt werden muß, durch dessen Zahlung der Eigentümer die Reallast ablösen kann.

Wenn die zu belastenden Grundstücke buchungsfrei und im Grundbuch noch nicht vorgetragen sind, ist zur Neubegründung des Forstrechts, falls eine Dienstbarkeit vorliegt, nur die Einigung des Bestellers und des Erwerbers darüber, daß das Grundstück mit der Dienstbarkeit belastet werden soll, erforderlich; die Erklärung des Bestellers muß in öffentlich beglaubigter Form abgegeben werden[1]) (Art. 84 AG. z. BGB.). Ist aber das transferierte Forstrecht eine Reallast, so ist zunächst die Anlegung eines Grundbuchblatts und sodann gemäß §§ 873 BGB., 13, 19, 28 GBO. die Eintragung der Reallast zu erwirken, da für Reallasten ein Vorbehalt zu gunsten von Ausnahmebestimmungen der Landesgesetze nicht besteht (vgl. Art. 127, 128 EG. z. BGB., § 90 GBO.).

Wenn dem grundbuchamtlichen Vollzuge der Transferierungsverträge nur bezüglich der Neueintragung des Forstrechts Hindernisse entgegenstehen, so ist, abgesehen von entgegengesetzten Anträgen, trotzdem ein teilweiser Vollzug etwa bezüglich der Aufhebung des Forstrechts, unzulässig, da bei derartigen Verträgen die Neubestellung stets die Gegenleistung für den Verzicht auf das bisherige Forstrecht bildet und demnach mit Rücksicht auf die einheitliche Natur des Vertrages mindestens ein stillschweigender, auch als solcher zu beachtender Vorbehalt der Parteien anzunehmen ist, daß eine Eintragung nicht ohne die andere vollzogen werden soll (§ 16 Abs. 2 GBO.; Rechtspr. d. OLG. Bd. 1 S. 203, Bd. 2 S. 226, Bd. 12 S. 152).

[1]) Für eine etwaige spätere Ablösung des transferierten Forstrechts wäre Art. 84 Abs. 2 AG. z. BGB. in diesem Falle maßgebend.

Mitteilungen aus der Praxis.

Zur Frage der Entschädigung von Ausländern für unschuldig erlittene Untersuchungshaft (§ 12 des Ges. vom 14. Juli 1904). Das Gesetz, betreffend die Entschädigung für unschuldig erlittene Untersuchungshaft, vom 14. Juli 1904, schreibt bezüglich der Behandlung von Ausländern in § 12 vor: „Die Vorschriften dieses Gesetzes finden auf Angehörige eines auswärtigen Staates nur insoweit Anwendung, als nach einer im Reichs-Gesetzblatt enthaltenen Bekanntmachung durch die Gesetzgebung dieses Staates oder durch Staatsvertrag die Gegenseitigkeit verbürgt ist." Aus Anlaß der Freisprechung eines in Untersuchungshaft befindlich gewesenen Angehörigen eines insoweit nicht privilegierten Staates entstand die Frage, ob nicht mit jener Bestimmung nur gesagt sein solle, daß eine solche Person keine Entschädigung erhalte, ein Entschädigungsbeschluß, der in diesem Falle verneinend[1]) zu lauten habe, aber ergehen müsse. Diese Frage ist — und hiermit muß ich die auf S. 167 meiner „Haftentschädigung" niedergelegte Ansicht aufgeben — zu verneinen. Nach dem Wortlaute des § 12 cit. sind in Fällen der gedachten Art sämtliche Vorschriften des Gesetzes nicht anwendbar, demnach auch die des § 4, der die Erlassung des besonderen Entschädigungsbeschlusses, gleichgültig, ob er die Entschädigungspflicht des Staates bejaht oder verneint, dem Gerichte zur Pflicht macht. Den nicht privilegierten Ausländern gegenüber besteht also derselbe Zustand wie vor der Erlassung des Entschädigungsgesetzes. Wie damals allgemein kein Entschädigungsbeschluß zu erlassen war, so hat ein solcher auch jetzt noch nicht zu ergehen, soweit diese Ausländer in Betracht kommen.

Erläßt das Gericht trotzdem einen Entschädigungsbeschluß in einem solchen Falle, so ist er unwirksam; er würde keine andere Wirkung haben als ein vor Erlaß des Entschädigungsgesetzes gegebener.

Die Folge hiervon ist, daß der Staat, gegen den sich der Entschädigungsanspruch richtet, auch keinerlei Verpflichtungen aus einem derartigen Beschlusse hat. Zur Begründung seines Anspruchs hat der Freigesprochene zu behaupten, daß er wegen der Tat, wegen deren er freigesprochen worden ist, in Untersuchungshaft gesessen, einen näher zu berechnenden Schaden durch letztere erlitten hat und daß ein die Entschädigungspflicht des Staates bejahender Gerichtsbeschluß erlassen worden ist. Der in Anspruch genommene Staat braucht, um die Klage zu Falle zu bringen, also nur den Erlaß des Entschädigungsbeschlusses zu bestreiten. Richtig ist ja, daß ein einem ordnungsmäßig erlassenen Beschlusse gleich lautender

[1]) Vgl. des Verfassers „Haftentschädigung" S. 87.



Gerichtsbeschluß vorliegt. Dieser vermag aber, da auch die Anwendung des § 6 durch § 12 ausgeschlossen ist, die sonst diesen Beschlüssen beigelegten Rechtswirkungen nicht zu äußern. Es ist zwar ein Gerichtsbeschluß, nicht aber ein Entschädigungsbeschluß im technischen Sinne.

Bisweilen wird es vorkommen, daß sich die Staatsangehörigkeit einer Person vor Erlaß des nach § 4 l. c. zu gebenden Beschlusses mit Sicherheit nicht feststellen läßt, sei es, weil der Angeklagte absichtlich falsche Angaben in dieser Hinsicht gemacht hat, sei es, daß er überhaupt seine Staatsangehörigkeit nicht kennt 2c. In solchen Fällen wird das Gericht stets den Entschädigungsbeschluß fassen müssen; denn nur, wenn es überzeugt ist, daß der Angeklagte Angehöriger eines nicht privilegierten auswärtigen Staates ist, ist es der Beschlußfassung enthoben. Der Eintritt eines Schadens ist kaum zu befürchten, da die nach § 6 Abs. 2 von der Landesjustizverwaltung zu treffende Entscheidung diese veranlassen wird, bei Zweifel über die Staatsangehörigkeit vom Antragsteller zunächst den Nachweis zu fordern, daß er Deutscher oder Angehöriger eines privilegierten auswärtigen Staates ist.

Durch die von den einzelnen Bundesstaaten erlassenen Ausführungsbestimmungen ist fast überall der nach § 6 Abs. 1 zuständige Staatsanwalt (Oberstaatsanwalt, Gerichtsherr) angewiesen worden, auf den Antrag des Freigesprochenen hin gewisse Ermittelungen anzustellen und sich berichtlich über die Berechtigung des Anspruchs unter besonderer Hervorhebung einzelner Punkte zu äußern. Dieser Bericht wird, wiewohl dies ausdrücklich nirgends vorgeschrieben ist, sich zweckmäßig darüber aussprechen, ob wegen der Staatsangehörigkeit des Antragstellers Bedenken bestehen. Denn auch die Akten, deren Vorlegung an die Landesjustizverwaltung nicht einmal überall gefordert wird, werden hier oft versagen oder unrichtige Auskunft erteilen, da die die Staatsangehörigkeit betreffenden Feststellungen meist auf Angaben des Angeklagten selbst beruhen. In geeigneten Fällen wird der Staatsanwalt selbst die noch nötigen Ermittelungen anstellen oder, wo diese eine erhebliche Verzögerung der Erledigung befürchten lassen, vor Abgabe der Akten an die Landesjustizverwaltung den Antragsteller bescheiden, daß möglicherweise wegen der Zweifel bezüglich seiner Staatsangehörigkeit sein Anspruch abgelehnt werden könne und er zur Hebung dieser Zweifel selbst tätig werden müsse.

Landrichter Krause in Altenburg.

Notariatsgebühr für Abschriften von Verfügungen von Todes wegen. S. 477 vorigen Jahrganges dieser Zeitschrift sagt Notariatspraktikant Gottfried Schmitt, daß dem Notar in den Fällen, in denen er bei Ablieferung von Verfügungen von Todes wegen die Urschrift der Verfügung behält und Abschriften an das Nachlaßgericht sendet, keine Schreibgebühr für die Abschriften zukomme. Diese Anschauung dürfte nicht richtig sein.

Schmitt folgert die Gebührenfreiheit aus der jetzigen Fassung des Art. 58 NotGebO. Abs. 4 des Art. 58 bestimmt, daß der Notar für die Abgabe der Akten an das Nachlaßgericht keine Gebühr erhält, daß er aber für die etwa erforderliche Zurückbehaltung einer Abschrift der Verfügung von Todes wegen die Schreibgebühr erhält. Daraus, daß Abs. 4 Art. 58 nur von den zurückbehaltenen Abschriften spricht, schließt Schmitt, daß für die Abschriften, die an das Nachlaßgericht hinausgehen, keine Schreibgebühr anfällt. Zu diesem Schluß besteht kein Anlaß.

Die Gebühr für Erteilung einer Abschrift bestimmt sich im allgemeinen nach Art. 66 NotGebO. Hiernach erhält der Notar für jede Erteilung einer Abschrift die Gebühr des Art. 66. Diese Gebühr kommt ihm auch zu für die Abschriften, die er von Verfügungen von Todes wegen bei Zurückbehaltung der Urschrift an die Nachlaßgerichte abgibt; denn auch diese Abgabe ist eine „Erteilung" einer Abschrift im Sinne des Art. 66. Keine solche Erteilung ist aber die Zurückbehaltung einer Abschrift. Es fällt daher die Zurückbehaltung nicht unter Art. 66 und diese ist demnach nicht gebührenpflichtig nach Art. 66. Um nun auch für die zurückbehaltenen Abschriften eine Gebührenpflicht zu begründen, wurde Abs. 4 Art. 58 geschaffen. Das ist der Sinn des Abs. 4.

Die Schreibgebühr wird doch gewährt für die Tätigkeit der Herstellung der Abschrift. Diese Tätigkeit ist ganz gleich, ob die Abschrift hinausgeht oder ob sie beim Notar bleibt. Es ist daher gerechtfertigt, ihm auch für die zurückbehaltenen Abschriften eine Schreibgebühr zuzubilligen; ebenso gerechtfertigt ist aber auch die Schreibgebühr für die hinausgehenden Abschriften. Ein innerer Grund, die Schreibgebühr in dem einen Fall zu gewähren, in dem andern Fall aber zu versagen, besteht nicht; eine solche Unterscheidung war auch vom Gesetzgeber gar nicht gewollt. Die Bestimmung des Abs. 4 Art. 58 NotGebO. stellt demnach nicht einen Gegensatz zu Art. 66, sondern nur eine Ergänzung hierzu dar. Die Schreibgebühr fällt deshalb sowohl für die zurückbehaltenen wie für die hinausgehenden Abschriften an.

Notar Dr. Dennler in Lauf.

Zur Auslegung des Art. 57a PStGB. Der Geschäftsführer W. L. bot in seinem Geschäftslokal in der oberbayerischen Stadt M. Lose der nur für den Kreis Mittelfranken genehmigten Wohltätigkeitslotterie zugunsten des Wöchnerinnenheims „Frauenwohl Nürnberg" feil. Der Amtsanwalt am Amtsgerichte M. erblickte in dieser Handlungsweise eine Uebertretung gemäß Art. 57a PStGB., weil die Lotterie „nicht in Bayern zugelassen", sondern lediglich auf Grund § 1 Ziff. 1 der ABO. vom 10. Juli 1867 „der Losabsatz im Kreise Mittelfranken" gestattet worden sei, und beantragte dementsprechend beim Amtsgerichte die Erlassung eines Strafbefehls gegen W. L. Das Amtsgericht jedoch trat dieser Auffassung nicht bei, sondern lehnte den Antrag ab mit der Begründung, daß Mittelfranken zu Bayern gehöre, die Lotterie demnach in einem Teile Bayerns zugelassen und die Tatbestandsmerkmale des Art. 57a a. a. O. nicht gegeben seien.

Leider gelangte der praktisch nicht unwichtige Fall nicht zu einer beschwerdegerichtlichen Entscheidung, die m. E. nur den vom Amtsgericht eingenommenen Standpunkt hätte billigen können.

Bei Beurteilung der Streitfrage ist zunächst davon auszugehen, daß der die Veranstaltung einer öffentlichen Lotterie ohne obrigkeitliche Erlaubnis unter Strafe stellende § 286 StGB. hier vollständig

ausscheidet. Veranstalter einer Lotterie ist nur derjenige, auf dessen Rechnung ein Lotterieunternehmen geführt wird, der also hinsichtlich der Gewinne den Spielern als Schuldner gegenübersteht und bezüglich der Spieleinsätze als deren Gläubiger erscheint. Wer dagegen lediglich für eine bestehende Lotterie Lose ausbietet und absetzt, ist niemals Veranstalter der Lotterie, auch nicht Gehilfe des Veranstalters, sondern nur Mittelsperson für den Vertrieb der Lose. (Entsch. d. RG. vom 23. Nov. 1881, Reger Bd. 2 S. 177). Er wird auch nicht dadurch Veranstalter einer neuen unerlaubten Lotterie, daß er den Vertrieb über das Gebiet, auf das die erteilte Genehmigung beschränkt ist, hinausverlegt. (Entsch. d. RG. Bd. 5 S. 39).

Es kann sich sonach nur darum handeln, ob der Art. 57a PStGB. zutrifft.

Nach Art. 57a Ziff. 1 a. a. O. ist strafbar der Verkauf von Losen für eine in Bayern nicht zugelassene Lotterie.

Aus dieser Strafbestimmung ergibt sich, daß der Absatz von Losen nur dann, aber auch immer dann statthaft ist, wenn die Lotterie, deren Lose feilgeboten werden, in Bayern zugelassen ist. Das hiernach aufgestellte Erfordernis einer Zulassung „in Bayern" kann aber nach dem Wortlaute des Gesetzes nichts Anderes bedeuten, als daß die Lotterie nach den einschlägigen, in Bayern bestehenden Vorschriften zugelassen worden ist. (Vgl. auch Reger-Reuß, PStGB., 2. Aufl. S. 194 Note zu § 57). Etwas Weiteres ist nicht erfordert; insbesondere kann, da das Gesetz nur von einer Zulassung „in Bayern" und nicht von einer Zulassung für das Gebiet des Königreichs Bayern spricht, nichts auf die räumliche Ausdehnung des Lotterieunternehmens ankommen. Es ist deshalb gleichgiltig, ob die Lotterie, wie dies nach der in Bayern für die Zulassung von Lotterien maßgebenden AVO. vom 10. Juli 1867 ähnlich wie in Preußen möglich ist, für das ganze Königreich oder nur für mehrere oder einen Regierungsbezirk zugelassen ist. Auch wenn die Lotterie nur für einen einzigen Regierungsbezirk genehmigt ist, liegt eine in Bayern zugelassene Lotterie vor und es kann keine Strafe aus Art. 57a Ziff. 1 a. a. O. denjenigen treffen, der Lose einer derartigen Lotterie in anderen Bezirken als demjenigen, für den die Lotterie gestattet wurde, absetzt.

Die Richtigkeit dieser aus dem Wortlaute des Gesetzes genommenen Auslegung des Begriffs „Zulassung in Bayern" findet übrigens auch eine Bestätigung in der Entstehungsgeschichte des Art. 57a a. a. O. Der Art. 57a, der neben dem Losverkaufe (Ziff. 1) auch noch in Ziff. 2 die Ankündigung von in Bayern nicht zugelassenen Lotterien verbietet, ist bekanntlich durch das Gesetz vom 28. Februar 1880 (GVBl. S. 97) in das PStGB. eingestellt worden, weil die bei der seinerzeitigen Redaktion maßgebende Auffassung, die dem Art. 57a inhaltlich entsprechenden Bestimmungen in Art. 101 Ziff. 3 und 103 des PStGB. vom Jahre 1861 seien durch den § 286 StGB. ersetzt, von der Rechtsprechung verworfen worden war. Bei den Kammerverhandlungen über den Entwurf zu Art. 57a warf der Abgeordnete Vaillant die Frage auf, wie es sich verhalte, wenn nur für eine einzige Provinz in Bayern eine Geldlotterie, die für die anderen Provinzen nicht exekutierbar ist, genehmigt worden sei, und bat die Regierung um Aufschluß, ob nach ihrer Ansicht derjenige, der in anderen Provinzen eine solche Lotterie in Zeitungen veröffentliche oder der in anderen Provinzen Lose verkaufe oder Teilnehmer sammle, strafbar sei, weil eben die Lotterie nur in einem Teile Bayerns und nicht im ganzen Königreiche zugelassen worden sei. Der Kgl. Staatsminister von Pfeuffer gab daraufhin die Erklärung ab, daß, wenn eine Lotterie für eine Provinz genehmigt wurde, eine Strafbarkeit für diejenigen Organe, welche die Ankündigung der Genehmigung enthalten, nicht eintreten könne. (Vgl. Verh. d. K. d. Abg. 1879/80 Sten. Ber. Bd. IV S. 811 ff.). Mit dieser Aeußerung des Kgl. Staatsministers ist, da für Ankündigung und Losverkauf im Gesetze die nämliche Voraussetzung aufgestellt ist, von selbst die Straflosigkeit des Losabsatzes außerhalb des Regierungsbezirkes der Zulassung anerkannt.

Für die Aufstellung einer Strafnorm besteht bezüglich der örtlich beschränkten Lotterien auch tatsächlich gar kein Bedürfnis. Hier kann, was bei den in Bayern überhaupt nicht zugelassenen Lotterien nicht der Fall ist, gegen den unbefugten Verkauf von Losen in der Weise reagiert werden, daß die erfolgte Genehmigung des Lotterieunternehmens durch die zuständige Verwaltungsbehörde widerrufen wird.

Zum Schlusse sei noch darauf hingewiesen, daß für das Königreich Preußen, das bezüglich ausländischer Lotterieunternehmungen dem Art. 57a PStGB. analoge Bestimmungen in der VO. vom 25. Juli 1867 und späterhin in dem Gesetze vom 29. Juli 1885 getroffen hat, die hier aufgerollte Streitfrage vom Reichsgericht in gleichem Sinne entschieden worden ist. Das Reichsgericht hat nämlich ausgesprochen, daß unter auswärtigen Lotterien und Ausspielungen nach preußischem Rechte nur solche Unternehmungen zu verstehen sind, die außerhalb Preußens veranstaltet werden, nicht aber solche, die in Preußen selbst bestehen, wenn auch unter Beschränkung der Zulassung auf einen Teil des preußischen Staatsgebiets. (Vgl. Reger, Entsch. Bd. II S. 179).

III. Staatsanwalt Dr. Schanz in München.

Die Beweispflicht im Falle des Art. 123 des bayer. AG. z. BGB. In Nr. 7 dieses Jahrganges S. 142 wird ein Beschluß des Landgerichts München I bekämpft, welcher aussprach, daß das Grundbuchamt von der staatlichen Finanzbehörde nicht den Nachweis verlangen könne, daß der lastenfreie Wert der Grundstücke den zweifachen Betrag des nach Art. 123 des bayer. AG. z. BGB. zu sichernden Anspruches nicht überschreite. Der Herr Gegner des Landgerichts rügt an erster Stelle, daß die Beschlußbegründung sich auf den Sinn und Zweck des Art. 123 beziehe, sowie gegen die „elementarsten Beweisregeln" verstoße, welche dem Behauptenden die Beweislast aufbürden, und folgert sodann aus Art. 14 des AG., von dem sich Art. 123 sachlich nicht unterscheide, daß die Finanzbehörde ebenso wie der sich sichernde Bierbrauer den Nachweis der Nichtüberschreitung der Doppeldeckung ihrer Ansprüche erbringen müsse.

Zunächst muß, wie es bereits in den Blättern für das bayerische Finanzwesen (Jahrgang 1902,

S. 129) geschah, hervorgehoben werden, daß Art. 123 bezüglich der Beweislast durchaus nicht so unzweideutig und klar ist, daß „eine weitere Operation mit dem Willen des Gesetzgebers und seiner Absicht unstatthaft ist". Es findet sich in keiner Silbe buchstäblich und klar gesagt, wer darüber zu wachen hat, daß die Eintragung der Sicherungshypothek nicht über den zweifachen Wert des zu sichernden Anspruches hinaus verlangt werde. Wohl ist die Belastungsgrenze gezogen; ob aber das Grundbuch- oder Hypothekenamt von Amts wegen, oder erst auf Anrufen des die Ueberschreitung Behauptenden tätig zu werden hat und ob die lex wegen ihrer etwaigen Tragweite zu dem der Prüfung des Grundbuchrichters unterstellten formalen Grundbuchrechte gehört oder bloß sese caventibus scripta est, das ist ausdrücklich nirgends festgelegt. Es liegt also hinreichender, ja zwingender Anlaß vor, den Zusammenhang der gesetzlichen Bestimmung näher zu würdigen und zur Kontrolle auf die Motive zurückzugreifen.

Wenn Art. 123 sagt „die Staatskasse ist berechtigt, für ihre Ansprüche ..... die Eintragung einer Sicherungshypothek an den Grundstücken des Schuldners zu verlangen", so ist hiermit für den Grundbucheintrag insofern eine Norm gegeben, als das Aerar sein Verlangen mit der Bezeichnung der zu belastenden Grundstücke und der Angabe des zu sichernden Betrages auszustatten hat; damit ist aber das Eintragungsersuchen erschöpfend formuliert; es ist nirgends zu ersehen, daß das Ersuchen die Angabe des Wertes und der Vorbelastung der mehreren Grundstücke enthalten müsse. Dagegen verweisen die Worte „die Eintragung darf nur soweit verlangt werden" darauf, daß es ausschließlich Parteisache sein soll, dem Verlangen der Finanzbehörde etwa ein begrenzendes Gegenverlangen gegenüber zu stellen; es müßte sonst heißen, „die Eintragung der Sicherungshypothek an mehreren Grundstücken darf nur soweit erfolgen". Nur eine solche Fassung würde dem Grundbuchrichter eine Prüfung von Amts wegen zur Pflicht machen, und nur dann müßte eine entsprechende Ausgestaltung und Belegung des Eintragungsersuchens erfolgen.

Wenn ferner Art. 123 unmittelbar im Anschluß an die Festsetzung der Höhe des Maßes der Sicherung bestimmt, „der Wert wird unter Abzug der Belastungen berechnet, welche der Sicherungshypothek im Range vorgehen", so ist damit die Beweislast bezüglich des Ueberschreitens der Belastungsgrenze durch den „objektiven Sinn des Gesetzes" demjenigen auferlegt, welcher die Berechnung des Sicherungswertes ohne weiteres vornehmen kann, und das ist allein derjenige, der sich die Belastung der mehreren Grundstücke gefallen lassen muß, keineswegs aber das Aerar, welches von den vorausgehenden Belastungen keine Kenntnis hat und haben muß und vernünftigerweise auch nirgends dazu verpflichtet ist die Interessen seines Schuldners durch Einsichtnahme in das Grund- und Hypothekenbuch und gleichzeitige kostspielige und zeitraubende Schätzung der Sicherungsobjekte zu wahren.

Die Beweisführung des Gegners aus Art. 14 AG. ist verfehlt. Hier lautet das Gesetz „der Brauer kann verlangen, daß ihm — vom Wirte — eine Sicherungshypothek bestellt wird"; „er kann doppelte Deckung des sicher zu stellenden Betrages durch den freien Wert der Grundstücke beanspruchen" (Henle-Schneider a. a. O.), der Brauer kann also die Bewilligung der Sicherungshypothek verlangen, gegebenen Falles muß er sie sich unter gleichzeitiger Sicherung seines Anspruches auf Grund der §§ 883 mit 885 BGB. im Klagewege erzwingen. Das Verfahren ist hier augenfällig ein ganz anderes als im Falle des das Aerar sichernden Art. 123; die Bewilligung der Eintragung nach Art. 14 ist ein reines Parteivertragsgeschäft, aus dem keineswegs eine „logische Schlußfolgerung" zulässig ist auf ein Offizialverfahren des Grundbuchrichters bei Eintragung der Sicherungshypothek für den Staat. Wenn auch in den Art. 14 und 123 die Höhe des Maßes der Sicherung sachlich gleich geregelt ist, so kann hieraus doch nicht gefolgert werden, daß auch das Verfahren in beiden Fällen das gleiche ist; der Privatman hat eben nicht die gleich vorteilhafte Stellung wie das Aerar.

Nach dem Dargelegten kann dem Landgericht München I allerdings nicht beigepflichtet werden, wenn es bemerkte, nach dem Wortlaute der Bestimmung lasse sich die gegenteilige Anschauung des Untergerichts vertreten. Allein kaum weniger unzutreffend ist es, wenn dem landgerichtlichen Beschlusse ein Verstoß „gegen die elementarsten Beweisregeln" vorgehalten wird. Damit, daß die Staatskasse gegen die mehreren Grundstücke des Schuldners ihr Hypothekverlangen geltend macht, geht sie allerdings ohne formelle Aufstellung (implicite) davon aus, daß sich der Wert innerhalb der gesetzlichen Belastungsgrenze bewegt. Diese tatsächliche Behauptung jedoch bedarf nach prozessualen Beweisregeln des Beweises nur, wenn sie vom Gegner ordnungsmäßig bestritten wird, wobei letzterer hinsichtlich seines gegenteiligen Vorbringens nachweispflichtig bleibt.[1]) Hiermit entfällt die Notwendigkeit, Wert und Belastung der mehreren Grundstücke in dem Ersuchen um Eintragung selbst festzustellen. Erhebt aber der Schuldner Einwendungen gegen die Eintragung der Hypothek, dann wird das Aerar in der Regel auch die nach Art. 87 AG. z. BGB. erforderliche Mitwirkung des Schuldners bei der Hypothekschätzung zur Hand haben, deren Notwendigkeit der Herr Gegner ohne Grundangabe im Gegensatze zu Meikel AG. bestreitet. Um die in den Blättern für das bayerische Finanzwesen bereits hervorgehobenen Schwierigkeiten zu beleuchten, in welche das Aerar durch die gegenteilige Sachbehandlung versetzt würde, sei hier ausdrücklich bemerkt, daß die Instruktion für die Schätzungen und Schatzmänner in Hypotheksachen insoweit außer Kraft gesetzt ist, als Art. 87 a. a. O. den Grundstückseigentümer allein zur Veranlassung des amtlichen Wertfeststellungsverfahrens ermächtigt, der Schuldner des Staates sohin im amtlichen Wertermittelungsverfahren ein bequemes Mittel hätte, jeden Sicherungsversuch des Staates nach Art. 123 zu hintertreiben, ehe er noch das Licht der Rechtswelt erblickt hätte. Wie käme solchenfalls das

---

[1]) Anm. d. Herausgebers. Diese Darlegungen sind nicht einwandfrei. Sie verwischen den Unterschied zwischen „prozessualer" und „materieller" Beweislast. Daraus, daß eine Behauptung nur dann des Beweises bedarf, wenn sie bestritten wird, folgt nicht, daß den Bestreitenden die Beweislast trifft. Die Unhaltbarkeit eines solchen Schlusses liegt auf der Hand. Wäre er richtig, so wären alle materiellen Regeln über die Beweislast überflüssig.

„Rentamt“ zu einer „glatten Erledigung“ seines Sicherungsanspruches?

Man wolle doch nicht vergessen, daß der Hypothekentitel des Staates nach Art. 123 eine Ausnahmebestimmung ist, welche nicht bloß für den Schuldner, dem sie schonende Nachsicht ermöglichen soll, sondern auch für den Staat selbst ihren Wert behalten muß.

Rentamtmann Stelzer in Schongau.

Aus der Praxis der Gerichte.

Reichsgericht.

A. Freiwillige Gerichtsbarkeit.

Steht die Wiederverheiratung der ehelichen Mutter der Erlangung der elterlichen Gewalt über die erstehelichen Kinder entgegen, wenn die zweite Ehe am 1. Januar 1900 schon aufgelöst war? Das Reichsgericht hatte diese Frage in früheren Entscheidungen verneint (JW. 1901 S. 357 Nr. 12 und Entsch. in Straff. 34 S. 317). Das Kammergericht glaubte, sie in Uebereinstimmung mit einem seiner früheren Erkenntnisse (DJZ. 1900 S. 166) bejahen zu müssen; es legte deshalb gemäß § 28 Abs. 2 FGG. eine weitere Beschwerde dem Reichsgerichte vor, bei deren Würdigung eine Entscheidung über diese Frage zu treffen war. Das Reichsgericht blieb auf dem früher eingenommenen Standpunkte stehen.

Aus den Gründen: Nach Art. 203 EG. z. BGB. bestimmt sich das Rechtsverhältnis zwischen den Eltern und den vor dem Inkrafttreten des BGB. geborenen ehelichen Kindern von dem Inkrafttreten des BGB. an nach dessen Vorschriften. Nach § 1684 Nr. 1 BGB. steht die elterliche Gewalt der Mutter zu, wenn der Vater gestorben ist. Nach § 1697 verliert die Mutter sie wieder, wenn sie eine neue Ehe eingeht. Das KG. erkennt an, daß die Vorschrift des § 1697 an sich nur für den Fall erlassen ist, daß die Wiederverheiratung unter der Herrschaft des BGB. stattfindet. Daß eine vor dem 1. Januar 1900 erfolgte Wiederverheiratung die im § 1679 festgesetzte Wirkung habe, hat weder das BGB. noch das EG. angeordnet. Das EG. legt nicht Vorgängen, die unter dem früheren Rechte stattfanden, die Wirkung bei, die sie hätten, wenn sie sich unter der Herrschaft des BGB. ereignet hätten.

Der Grund für die Vorschrift des § 1697 BGB. ist im wesentlichen das Abhängigkeitsverhältnis, in das die Frau durch die Verheiratung zu dem Manne tritt. Es besteht auch, wenn die Wiederverheiratung vor dem Inkrafttreten des BGB. erfolgt ist. Demgemäß ist es, wenn die neue Ehe beim Inkrafttreten des BGB. noch besteht, unerheblich, daß sie vorher geschlossen wurde. Die Frau, die beim Inkrafttreten des BGB. wiederverheiratet ist, geht der elterlichen Gewalt über die Kinder der früheren Ehe verlustig. Anders ist es, wenn die neue Ehe beim Inkrafttreten des BGB. nicht mehr besteht, also die Frau als eine nicht in neuer Ehe stehende Witwe in die Wirksamkeit des neuen Rechtes eintritt. In einem solchen Falle steht die Frau bei dem Inkrafttreten des neuen Rechts in keinem Abhängigkeitsverhältnisse zu einem den Kindern fremden Manne; der Grund der Bestimmung des § 1697 trifft nicht zu. Das KG. hat zwar ausgeführt, der gesetzgeberische Grund für das Aufhören der elterlichen Gewalt nach § 1697 sei nicht allein in dem Abhängigkeitsverhältnisse gegenüber dem zweiten Manne zu finden, sondern auch darin, daß durch die Wiederverheiratung häufig ein über das Bestehen der Ehe hinaus dauernder Widerstreit der Interessen der erstehelichen Kinder mit der Familie des zweiten Mannes entstehe. Diese Anschauung ist unzutreffend. Im wesentlichen hat das Abhängigkeitsverhältnis der Frau zum Manne dazu geführt, die Frau bei der Wiederverheiratung der elterlichen Gewalt für verlustig zu erklären, dem Manne aber sie zu belassen, wenn er eine neue Ehe eingeht. (Wird ausgeführt). Zu einem Widerstreite der Interessen wird es gerade so kommen, wenn der Vater zur zweiten Ehe schreitet, wie wenn sich die Mutter wieder verheiratet. Wollte noch darauf Gewicht gelegt werden, daß durch die §§ 1697, 1669 die Wiederverheiratung der Mutter erschwert, die des Mannes begünstigt werden sollte, so würde auch dieser Grund dazu führen, für die beim Inkrafttreten des neuen Rechts nicht mehr verheiratete Mutter den Verlust der elterlichen Gewalt erst an eine unter der Herrschaft des BGB. erfolgende Wiederverheiratung zu knüpfen. Das KG. hat darauf hingewiesen, die von ihm bekämpfte Ansicht führe oft zu dem auffälligen Ergebnisse, daß eine Witwe, der weder nach dem früheren noch nach dem neuen Rechte die elterliche Gewalt zustehen würde, sie nach dem Uebergangsrechte habe. Ob das Ergebnis als auffällig zu bezeichnen ist, kann dahingestellt bleiben. Von größerer Bedeutung wäre jedenfalls der Eingriff in bestehende Rechte, wenn einer wiederverheirateten Mutter, die nach dem früheren Rechte die elterliche Gewalt ungeachtet der Wiederverheiratung hatte, die Gewalt bei Inkrafttreten des BGB. aberkannt werden müßte, trotzdem die neue Ehe nicht mehr besteht. (Beschl. des IV. ZS. vom 20. Dezember 1906, IV B 343/06). ———— n.

884

B. Zivilsachen.

I.

Ortsangabe beim eigenhändigen Testamente. Abkürzung des Ortsnamens. Das Reichsgericht erklärte ein eigenhändiges Testament für gültig, in dem die Ortsangabe lautete: „Bln., den ....“ für „Berlin, den“.

Gründe: Die Vorderrichter halten die Bezeichnung Bln. für nicht genügend, obwohl sie unterstellen, daß der Erblasser mit der Abkürzung den Ort Berlin habe bezeichnen wollen und daß diese Abkürzung vielfach üblich sei. Diese Ansicht ist nicht richtig. Allerdings sind die wenigen Formvorschriften, an die das Gesetz das eigenhändige Testament bindet, streng zu beachten, insbesondere auch in Ansehung der Angabe des Ortes und Tages. Das Gesetz enthält sich aber jeder Vorschrift darüber, wie die Ortsangabe zum Ausdrucke zu bringen sei. Daß etwa, wie das LG. annimmt, ein Ausdruck zu wählen sei, der jeden Zweifel über die Frage ausschließt, welcher Ort unter dem angegebenen zu verstehen sei, verlangt das Gesetz nicht. Sonst würden z. B. Ortsbezeichnungen wie Frankfurt, Neustadt u. dgl. wegen der fehlenden Merkmale zur Unterscheidung von anderen gleichnamigen Orten im Deutschen Reiche als ungenau gelten und die Unwirksamkeit des Testaments nach sich ziehen müssen. Auch würde die Errichtung eines eigenhändigen Testaments auf einer Eisenbahnfahrt oder einer Seereise wegen der Schwierigkeit einer zweifelsfreien Ortsangabe auf das Aeußerste erschwert sein. Anderseits ist freilich durch eine unverständliche Ortsangabe dem gesetzlichen Erfordernisse nicht genügt. Dazu kann aber eine gebräuchliche Abkürzung des Ortsnamens nicht gerechnet werden. Wenn die Abkürzung auch sonst (im Post- und Geschäftsverkehr) vielfach in Uebung ist und kein Zweifel darüber besteht, daß sich der Erblasser der Abkürzung in demselben Sinne bedient hat, so enthält das Testament die im Gesetze vorgeschriebene „Angabe des Ortes“. (Urt. des IV. ZS. vom 14. Januar 1907, IV 251/06). ——— n.

885

II.

Begriff der wesentlichen Bestandteile. Das in dieser Zeitschrift Jahrg. 1906 S. 257 ff. mitgeteilte Urteil des OLG. Nürnberg vom 26. April 1906 wurde vom Reichsgerichte bestätigt.

Aus den Gründen des reichsgerichtlichen Urteils: Im Hinblick auf die in zahlreichen Entscheidungen des Reichsgerichts erörterte Bedeutung des § 93 BGB. kann es zweifelhaft sein, ob die Entscheidung des Berufungsgerichts, daß die Maschinen nicht wesentliche Bestandteile des Fabrikgrundstücks seien, durch die Ausführung gerechtfertigt werden kann, daß durch die Wegnahme der Maschinen eine Veränderung des Fabrikgebäudes in seinem Wesen nicht verursacht werde, da ja nur die Maschinen durch andere ersetzt zu werden brauchten, um die Fabrik in den früheren Stand zu setzen. Wohl aber kann die weitere, auf tatsächlicher Feststellung beruhende Begründung das Urteil tragen, daß bei dem Vorhandensein noch anderer Maschinen in dem Fabrikgrundstück durch die Wegnahme der im Streite befangenen Maschinen das Wesen der Fabrik nicht geändert werde, diese vielmehr trotzdem Drahtstiftfabrik bleibe. (Urt. des VII. ZS. vom 19. März 1907). D.

887

III.

BGB. §§ 138, 826, 1047, 1115, 1159, ZwVG. § 10 Ziff. 4. 1. Abgetretene Hypothekzinsen können zur Zwangsversteigerung angemeldet werden. 2. Der Hypothekgläubiger hat keinen unmittelbaren Anspruch gegen den Nießbraucher auf Hypothekzinsenzahlung. 3. Der Nießbraucher handelt nicht gegen die guten Sitten, wenn er sich den Anspruch auf Zahlung von Hypothekzinsen abtreten läßt, die er selbst berichtigt hat, und ihn sodann zur Zwangsversteigerung anmeldet.

Aus den Gründen: Daß an sich in der Zwangsversteigerungsteilung auf Grund einer Uebertragung des Hypothekgläubigers bloße Hypothekzinsen mit dem ihnen zukommenden Hypothekenrange von einem Dritten angemeldet und in den Teilungsplan für ihn eingesetzt werden können, ergibt sich aus §§ 10 Ziff. 4 ZwVG. und 398, 1115, 1159 BGB., und ist vom erkennenden Senate im Urteile V 3/03 vom 9. Mai 1903 schon ausdrücklich ausgesprochen worden. Die Revisionskläger meinen aber unter Hinweis auf §§ 1047, 1113 BGB., daß der Nießbraucher die Hypothekenzinsen aus dem Grundstück zahlen müsse und daß, wenn dies geschehen sei, die Hypothekzinsenforderung getilgt sei und auf den zahlenden Nießbraucher nicht übertragen werden könne. Indessen stellt der BR. als erwiesen fest, daß der Beklagte die fraglichen Zinsen eben nicht aus dem Grundstück, sondern aus seinem eigenen Vermögen, in das allerdings zuvor Mieteinnahmen geflossen waren, unter dem ausdrücklich gestellten und bewilligten Verlangen der Anspruchsabtretung an die Bank gezahlt hat. Der § 1047 BGB. machte dies Verfahren nicht zu einem ungesetzlichen. Denn, wie der Vorderrichter zutreffend ausführt, begründet der § 1047 nur Rechte und Pflichten zwischen dem Eigentümer und dem Nießbraucher, gibt aber dem Hypothekengläubiger kein dingliches oder persönliches Recht auf Zinsenzahlung gegen den Nießbraucher. Ueberdies hat nach einwandfrei festgestelltem Vertragsinhalt der Eigentümer den Beklagten als Nießbraucher sogar von der Pflicht, die Hypothekzinsen immer vorweg zu entrichten, in zulässiger Weise entbunden. Diese die Mitzinsen weggebende Verfügung des Eigentümers war auch gegen die dem Nießbraucher im Range vorgehenden Hypothekengläubiger nach Maßgabe des § 1124 BGB. bis zur Beschlagnahme des Grundstücks und sogar (ein Zinsvierteljahr) darüber hinaus rechtswirksam. Anders verhielt es sich bei Preußischer Antichrese nach §§ 139 ff., 150 ff. I 20 Allg. LR. Mit Recht hat das OLG. auch ausgesprochen, daß der Vertrag vom März 1903 und das Verfahren des Beklagten nicht gegen die guten Sitten verstoße und daher nicht unter § 826 BGB. falle. Ob dies der Fall ist, muß im wesentlichen als Rechtsfrage gelten, es ist aber nicht abzusehen, inwiefern ein Bauhandwerker, der durch seine Arbeiten den Wert des Pfandgrundstücks und damit die Sicherheit der Hypothekgläubiger erhöht hat, wider die guten Sitten handeln soll, wenn er sich im Bewußtsein der besseren Rechtsbehelfe und Sicherungsmittel der dinglichen Gläubiger Befriedigung für seine eigene ungesicherte Forderung verschafft... Für die Bekämpfung jenes Vertrags vom März 1903 nach dem Anfechtungsgesetz sind die Voraussetzungen vom Kläger nicht dargetan. (Urt. des V. ZS. vom 13. Februar 1907, V 278/06).

844 — — — r.

IV.

Zu § 1 des Haftpflichtgesetzes. Unfall bei der Entladung eines Wagens. Der Arbeiter H. erlitt auf dem Eisenbahnabladeplatz des Bahnhofs M. beim Abladen von langen Tannenstämmen dadurch einen Unfall, daß eine Runge des Eisenbahnwagens abbrach, dadurch die Stämme ins Rollen gerieten und ihn zum Stürzen brachten. Er trug Verletzungen davon, die Kurkosten und eine dauernde Minderung seiner Erwerbsfähigkeit zur Folge hatten. Er ist auf Grund des GewUVG. bei der Lagereiberufsgenossenschaft zu B. versichert, die mit der Klage auf Ersatz ihrer Aufwendungen den Fiskus als Betriebsunternehmer der Eisenbahn gemäß § 140 GewUVG. in Anspruch nimmt. Das Landgericht hat die Klage abgewiesen, das Oberlandesgericht abändernd die Klage dem Grunde nach für gerechtfertigt erklärt. Das Reichsgericht hob das Urteil auf.

Aus den Gründen: Die Anwendung des § 1 des HPflG. setzt einen inneren, ursächlichen Zusammenhang zwischen dem Unfall und der Betriebstätigkeit der Eisenbahn, sodann aber auch, wie die Worte „bei dem Betriebe" ausdrücken, einen äußeren, zeitlichen und örtlichen Zusammenhang des Unfalles mit einem bestimmten Betriebsvorgange voraus, mag diese die Tätigkeit der Beförderung von Menschen oder Gütern, oder die Vorbereitung oder die Abwicklung des Beförderungsgeschäfts betreffen. Jener innere Zusammenhang ist nach den Feststellungen des Berufungsgerichts gegeben: wenn die Runge, die beim Entladen des Wagens gebrochen ist, und deren Bruch die Ursache der Verletzung des H. war, während des Transportes und infolge der Bewegungen und Erschütterungen des Beförderungsbetriebes angebrochen war, dann ist der Eisenbahnbetrieb als eine Ursache des Unfalles allerdings anzusehen. Dagegen fehlt es an dem äußeren Zusammenhange mit einem konkreten Betriebsvorgange. Die Entladung eines stillstehenden Wagens durch den Empfänger des Gutes ist an sich keine Betriebstätigkeit der Eisenbahn und ein Unfall, der sich dabei ereignet, wird zu einem Betriebsunfall im Sinne des § 1 a. a. O. nur, wenn in irgend einer Weise ein Zusammenhang mit einem Betriebsvorgange anderweit hergestellt wird, so wenn der Wagen durch andere Wagen angestoßen und ins Rollen gebracht und dadurch ein durch die Einrichtungen der Beförderungs- und Betriebsmittel bedingter, wenn auch nicht gewollter Betriebsvorgang ausgelöst wird. Dies lag vor in dem von dem Berufungsurteil angezogenen in den Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichts Bd. 13 S. 1 behandelten Falle; in dem Tatbestande des gegebenen Falles ist hiervon nicht die Rede. Daß eine besondere, durch den Eisenbahnbetrieb bedingte Eile etwa die Abladetätigkeit beherrscht und diese so in Berührung mit den Vorbereitungen eines neuen Betriebsaktes, etwa der Wiedereinstellung des zu entladen-

den Waggons in den Fahrbetrieb, gebracht hätte, ist gar nicht behauptet worden; ebensowenig sind andere Umstände dargetan oder auch nur behauptet worden, die den Zusammenhang des Unfalles mit einem Betriebsvorgange herzustellen geeignet wären. (Urt. des VI. ZS. vom 28. Februar 1907).

871 — — — n.

C. Strafsachen.

I.

Nachteil im Sinne des § 266 Abs. 1 Nr. 2 StGB. Der Erstrichter hat das Tatbestandsmerkmal des Handelns zum Nachteil verkannt. Einen Nachteil erleidet jemand zwar nicht nur durch eine Handlung, durch die sein Vermögen vermindert wird, sondern auch durch eine Handlung, durch die es gefährdet wird (RGE. Bd. 27 S. 40). In einer Gefährdung liegt aber nur dann eine Vermögensbeschädigung und damit ein Nachteil, wenn jene bereits eine nachteilige Veränderung des gegenwärtigen Vermögenszustandes enthält, eine Verminderung des Vermögenswertes bewirkt hat (Entsch. Bd. 16 S. 81); die Möglichkeit des Eintritts eines Schadens kann mit seinem wirklichen Eintritte nicht gleichgestellt werden (Entsch. Bd. 9 S. 171). Der Erstrichter hat den Nachteil im Sinne des § 266 Nr. 2 StGB. darin erblickt, „daß S. mangels Zahlung die Absicht hegte", den Mündel des Angeklagten, der das ihm vom unterhaltspflichtigen Vater zur Zahlung an S. behändigte Pflegegeld unterschlagen hatte, aus dem Pflegehaus auszuweisen, und darin insoferne eine Gefährdung des Mündelvermögens gesehen, als „daraus die hochgradige Wahrscheinlichkeit erwuchs", den Mündel „gegen höhere Kosten, die ihm auf seinen Erbteil angerechnet werden", anderweit unterbringen zu müssen. Wie durch diese, nur gehegte Absicht der Ausweisung und die — zunächst die Verwirklichung dieser Absicht voraussetzende — Wahrscheinlichkeit der Kostenmehrung eine Verminderung des Wertes des gegenwärtigen Mündelvermögens bewirkt worden ist, ist um so weniger abzusehen, als der Erstrichter anscheinend nicht ein dem Mündel schon gehörendes, sondern ein erst im Erbwege zu erwartendes Vermögen im Auge hat. Die Verurteilung wegen Untreue kann daher nicht aufrecht erhalten werden. Da die Untreue in Tateinheit mit Unterschlagung begangen wurde, war das Urteil im ganzen aufzuheben. (Urt. des V. StS. vom 8. März 1907, 5 D 1035/06). — — — e —

853

II.

Ist es zulässig, den Antrag auf Aussetzung der Verhandlung zum Zwecke der Ladung eines Zeugen mit der Begründung abzulehnen, daß der Zeuge nicht aufgefunden werden könne? Aus den Gründen: Die Revision findet mit Unrecht in der Ablehnung des Antrags eine Beschwerde. In Fällen der vorliegenden Art kann ein Zeuge als Beweismittel nur in Betracht kommen, wenn seine Ladung oder seine Vernehmung nach § 222 StPO. innerhalb des ordnungsmäßigen Verfahrens sich bewirken läßt. Die Frage, ob das geschehen kann, ist wesentlich tatsächlicher Natur; es ist Sache des pflichtgemäßen richterlichen Ermessens, zu prüfen, ob bei unbekanntem Aufenthalte des Zeugen die Ermittelungen so umfassend waren, daß von weiteren Erhebungen ein Ergebnis für ungewisse Zeit nicht zu erwarten ist. Hier unterliegt es keinem rechtlichen Bedenken, daß die Strafkammer auf Grund der Ermittelungsversuche die Unauffindbarkeit des Zeugen angenommen hat. (Urt. des I. StS. vom 24. Jan. 1907, D 1450/06). B.

842

III.

Kann einem Wilderer das von ihm erbeutete Wild gestohlen werden? (§ 242 StGB.). Der Mitangeklagte F. hatte Fasanen gewildert und die Beute in einer Hütte versteckt. Der Mitangeklagte R. hatte sie heimlich weggenommen, um sie für sich zu behalten; er wurde wegen Diebstahls verurteilt. Das Urteil wurde aufgehoben.

Aus den Gründen: Das von dem Wilderer erbeutete Wild bleibt herrenlos, bis es an den Jagdberechtigten oder einen gutgläubigen Erwerber gelangt. Diesen in dem Urteile vom 21./25. April 1892 (E. 23 S. 89) ausgesprochenen Satz hat der Senat auch unter der Herrschaft des BGB. auf Grund des § 958 Abs. 2 in einem Urteile vom 3./17. Oktober 1901 (D 2479/01) aufrecht erhalten. Der Inhalt der Vorschrift, der auf den Beschlüssen der für die 2. Lesung des Entwurfs bestellten Kommission beruht (Prot. III S. 253 ff.), nötigt dazu. Die Kommission wollte mit der vom RG. (E. 23 S. 89) vertretenen Auffassung im Einklange bleiben. Ein Diebstahl liegt hiernach nicht vor, auch kein Vergehen nach § 292 StGB. Dagegen läßt das Urteil nicht genau ersehen, ob R. gewußt hat, daß die Fasanen von F. gewildert waren oder ob er von der irrigen Annahme ausgegangen ist, fremdes Eigentum zu verletzen. In dem letzteren Falle müssen die Grundsätze über den Versuch am untauglichen Objekt angewendet werden (E. 1 S. 439; 39 S. 316). Es wäre Diebstahlsversuch gegeben. (Urt. des I. StS. vom 21. Jan. 1907, D 559/06). B.

841

IV.

Künstliche Gliedmaßen können „gefährliche Werkzeuge" im Sinne des § 223a StGB. sein. Aus den Gründen: Die Auffassung des Urteils, daß der künstliche eiserne Vorderarm des D., mit dem er zugeschlagen hat, ein gefährliches Werkzeug sei, läßt sich nicht beanstanden. Handelt es sich doch um einen Gegenstand, der vom Angeklagten mit einem Körperteil, seinem Armstumpf, in Bewegung gesetzt werden konnte, der auch als Trutzwaffe zu Hieb und Stoß dienen, sowie mechanisch auf den Körper des anderen einwirken konnte (E. 8, 315; 24, 372; 4, 298). Wenn auch der fehlende Vorderarm des Angeklagten durch den künstlichen Ersatz finden sollte, so bildete doch selbstverständlich der letztere kein Glied des Körpers des Beschwerdeführers und gleichgültig ist, daß der Angeklagte das Werkzeug beim Gebrauche nicht mit der Hand gefaßt hielt. (Urt. des I. StS. vom 17. Jan. 1907, D 782/06). B.

840

V.

Kommt die Vornahme von Beweiserhebungen und Ermittelungen, die auf Grund eines in einer Hauptverhandlung erlassenen Gerichtsbeschlusses durch einen beauftragten Richter geschieht, der Führung einer Voruntersuchung im Sinne des § 23 Abs. 2 StPO. gleich? Die Hauptverhandlung war ausgesetzt und der Beisitzer, Landgerichtsrat G., zufolge Gerichtsbeschlusses beauftragt worden, Augenschein einzunehmen „unter Zuziehung des Angeklagten und der Zeugen, welche bei dem Vorfalle zugegen waren". Er nahm Augenschein ein und schritt dann auch zu gesondertem Protokolle zu einer uneidlichen Vernehmung „der zur Augenscheinseinnahme geladenen und erschienenen Zeugen," darunter auch solcher, die bei dem Vorfalle nicht zugegen gewesen waren. An der darauf folgenden Hauptverhandlung nahm er als Beisitzer teil. Die Revision rügte Verletzung des § 23 Abs. 2 StPO., weil die Vernehmung der Zeugen durch den beauftragten Richter eine nachträgliche Führung der Voruntersuchung sei und deshalb der Landgerichtsrat G. in der darauf folgenden Hauptverhandlung an der

Ausübung des Richteramts kraft Gesetzes verhindert gewesen wäre. Die Rüge wurde als unbegründet erklärt.

Aus den Gründen: Prozeßrechtlich war die Tätigkeit des beauftragten Richters aus dem formellen Grunde nicht Führung der Voruntersuchung, weil nach Eröffnung des Hauptverfahrens die Führung einer Voruntersuchung begrifflich ausgeschlossen ist (Entsch. Bd. 2 S. 33, 37); es könnte sich also nur fragen, ob diese Tätigkeit etwa sachlich der Führung einer Voruntersuchung gleichzustellen wäre. In den Vorschriften der StPO. sind für den Abschnitt nach Eröffnung des Hauptverfahrens Beweiserhebungen außerhalb der Hauptverhandlung allerdings nur insofern vorgesehen, als solche in der Hauptverhandlung selbst nicht vorgenommen werden können und durch die Tätigkeit eines beauftragten oder ersuchten Richters und die Verlesung der von ihm aufgenommenen Protokolle ersetzt werden sollen (§§ 222, 224, 248, 250 StPO.). Die Vornahme anderer Beweiserhebungen ist aber nicht ausgeschlossen und es liegt darin nicht ohne weiteres eine der Durchführung einer Voruntersuchung gleichkommende Prozeßhandlung. Die Führung der Voruntersuchung setzt die selbständige Vornahme und Leitung der Ermittelungen nach eigenem Plane und Ermessen voraus (Rechtspr. Bd. 7, 303). Daß diese Voraussetzung nicht gegeben ist, wenn Ermittelungen und Vernehmungen eines beauftragten Richters auf der Beratung und Beschlußfassung des erkennenden Gerichts fußen, an der er als Richter mitgewirkt hat, ist in der Entscheidung vom 8. Januar 1898 (Entsch. Bd. 30, 400) bereits anerkannt worden. Nach dem dort Ausgeführten ist in solchem Falle vorauszusetzen, daß der beauftragte Richter nach dem bei der Beschlußfassung festgestellten Plane tätig geworden ist, also nicht eigene Entschließungen ausgeführt hat, sondern die des erkennenden Gerichts. Der vorliegende Fall ist von dem in dieser Entscheidung behandelten nicht wesentlich verschieden. Die Anordnung der Zuziehung von Zeugen schloß auch deren Vernehmung in sich und die Allgemeinheit, mit welcher diese Anordnung getroffen wurde, brachte es mit sich, daß der Richter auch ermitteln mußte, welche Personen Zeugen des Vorfalls gewesen waren. Soweit die zugegen gewesenen Zeugen über Umstände vernommen worden sind, die außerhalb des eigentlichen Vorgangs lagen, konnte deren Vernehmung wenigstens mittelbar im Sinne des Gerichtsbeschlusses veranlaßt und gerechtfertigt sein und dasselbe konnte der Fall sein bezüglich der Vernehmung von Zeugen, welche überhaupt nicht bei dem Vorfalle zugegen gewesen waren. Dazu kommt, daß die Vernehmung der Zeugen, die nicht bei dem der Anklage zu Grunde liegenden Vorfall zugegen gewesen oder nicht geladen waren, augenscheinlich vom beauftragten Richter nicht aus eigenem Antriebe vorgenommen, sondern von den Prozeßbeteiligten oder dem Verletzten veranlaßt worden ist. (Urt. d. I. StS. v. 14. Januar 1907, D 621/06).

836 B.

VI.

Teilweise Zerstörung eines Gebäudes. (§ 305 StGB.). Der Angeklagte hat das Strohdach des von ihm bewohnten Hauses mit einem harten Gegenstand in der Weise durchstoßen, daß in dem Dache sechs etwa 5 bis 6 Zoll im Durchmesser betragende Löcher entstanden. Er wurde auf Grund des § 305 StGB. wegen teilweiser Zerstörung des ganzen Gebäudes verurteilt, indem das Dach als Bestandteil des Gebäudes bezeichnet wurde, dem eine selbständige individuelle Gebrauchsbestimmung innewohne, und eine teilweise Vernichtung des Daches deshalb gegeben sei, weil es keinen genügenden Schutz mehr gegen Regen und Wind gewähre. Diese Begründung rechtfertigt nicht die Anwendung des § 305 StGB. Die teilweise Zerstörung einer Sache setzt entweder voraus, daß die ganze Sache für einzelne ihrer Zweckbestimmungen unbrauchbar gemacht werde (vgl. Rspr. d. RG. Bd. 7 S. 274) oder, daß einzelne Bestandteile der Sache, die für einen besonderen selbständigen Gebrauch bestimmt und eingerichtet sind, z. B. einzelne Abteilungen eines Hauses, der Bodenraum, gänzlich vernichtet sind. Im vorliegenden Falle sind diese Voraussetzungen nach keiner Seite hin erfüllt. Daß das Haus durch die Durchlöcherung des Strohdachs seine Bewohnbarkeit oder Benutzbarkeit vollständig eingebüßt hätte, ist nicht zu ersehen. Der Sachverhalt nötigt vielmehr zu der Annahme, daß die Beschädigungen durch eine leicht und schnell auszuführende Reparatur beseitigt werden konnten. Daraus ergibt sich weiter, daß auch das Dach selbst oder der etwa darunter befindliche Bodenraum nicht als vernichtet angesehen werden konnten. Hiernach ist die Annahme des Erstrichters, es handle sich nicht nur um eine Beschädigung des Daches, sondern um eine teilweise Zerstörung des Gebäudes, von Rechtsirrtum beeinflußt. (Urt. d. V. StS. vom 22. Februar 1907, 5 D 973/06). — — — e —

857

Oberstes Landesgericht.

A. Zivilsachen.

I.

Berichtigung des Hypothekenbuchs, wenn Ehegatten allgemeine Gütergemeinschaft vereinbart hatten und ihre Ehe für nichtig erklärt wurde. (HypG. §§ 110—112). Die Wirtswitwe D. H. in U. hat am 21. September 1896 ein Anwesen erworben und am 14. November 1899 mit B. W. in F. die Ehe geschlossen. Durch Ehevertrag vom 7. März 1900 vereinbarten B. und D. W. allgemeine Gütergemeinschaft. Das Gütergemeinschaftsverhältnis wurde auf ihren Antrag in das Hypothekenbuch eingetragen. Auf Anfechtungsklage der D. W. hat das Landgericht K. durch rechtskräftig gewordenes Urteil vom 11. Dezember 1906 die Ehe für nichtig erklärt. Unter Vorlegung einer mit dem Zeugnisse der Rechtskraft versehenen Ausfertigung des Urteils hat D. H. an das Hypothekenamt den Antrag gestellt, die Eintragung des Güterstandes zu löschen und den Besitztitel auf sie zu berichtigen. Das Hypothekenamt hat die Nichtigkeitserklärung der Ehe eingetragen, die Berichtigung des Besitztitels aber abgelehnt. Auf Beschwerde der D. H. hat das Landgericht K. die Verfügung des Hypothekenamts aufgehoben und dieses angewiesen, gemäß §§ 109, 110 HypG. zu verfahren und, falls der als Miteigentümer eingetragene Gastwirt B. W. in die Umschreibung des Anwesens auf D. H. als Alleineigentümerin willigt, die Umschreibung zu betätigen. Auf die weitere Beschwerde der D. H. hat das Oberste Landesgericht die Entscheidung des Landgerichts dahin abgeändert, daß das Hypothekenamt die Berichtigung des Besitztitels auch dann zu betätigen hat, wenn B. W. es unterläßt, innerhalb der gemäß § 110 HypG. zu bestimmenden Frist Widerspruch zu erheben.

Gründe: Da die Ehe zwischen B. W. und der Beschwerdeführerin infolge der rechtskräftigen Nichtigkeitserklärung als nicht geschlossen gilt, ist auch der Ehevertrag unwirksam, die allgemeine Gütergemeinschaft ist in Wirklichkeit nicht eingetreten, die Eintragung des Güterstandes im Hypothekenbuch ist unrichtig und kann auf Grund des Urteils berichtigt werden. Eine Wiedereintragung der Beschwerdeführerin als Alleineigentümerin ist nicht erforderlich, es genügt die Löschung der Eintragung des Güterstandes. Das HypG. gestattet aber nicht wie § 22 GBO. die Berichtigung einer unrichtigen Eintragung auf Grund des durch öffentliche Urkunden gelieferten

Nachweises der Unrichtigkeit allein, sondern verlangt die vorherige Anhörung desjenigen, dessen eingetragenes Recht durch die Berichtigung betroffen wird, und macht nach der ausdrücklichen Vorschrift des § 110 auch bei einem rechtskräftigen Urteile keine Ausnahme, sofern es nicht nach § 894 ZPO. die Einwilligungserklärung ersetzt. (Regelsberger, Bayer. HR. 3. Aufl. § 25 Nr. 2). Zur Berichtigung des Hypothekenbuchs ist aber nur die Anhörung des anderen Beteiligten, nicht dessen Einwilligung erforderlich. Die Eintragung hat nach § 111 HypG. auch dann zu geschehen, wenn er, nachdem ihm das Gesuch gemäß § 110 HypG. „mit Anberaumung eines Termins von acht Tagen zu seiner etwaigen Erinnerungsabgabe" mitgeteilt worden ist, die Frist „ohne Protestation und ohne Erklärung" verstreichen läßt. Es kann deshalb dahingestellt bleiben, ob die Beschwerdeführerin berechtigt ist, von B. W. die Abgabe einer sich zur Grundlage einer Eintragung eignenden Einwilligungserklärung zu verlangen. Sollte er unbegründeten Widerspruch erheben und es infolgedessen gemäß § 112 HypG. zur Verweisung auf den Rechtsweg kommen, so würde der Widerspruch auf Klage für unwirksam zu erklären sein und damit das Hindernis beseitigt werden. Soweit das Beschwerdegericht die Vorschrift des § 111 HypG. außer Betracht gelassen hat, ist die Beschwerde begründet. (Beschluß des I. ZS. vom 20. März 1907, Reg. III 20/1907).

869 W.

II.

Abschichtung vereinkindschafteter Kinder. Fortsetzung der Gütergemeinschaft mit gemeinschaftlichen Kindern nach dem Tode eines Ehegatten, der vereinkindschaftete Abkömmlinge in die Ehe gebracht hat. (Bamberger LR. T. II C. 4 Tit. 2 § 1, UeG. Art. 72). Der am 21. Oktober 1906 ohne Verfügung von Todes wegen verstorbene J. G. Sch. in H. hat bei Eingehung seiner zweiten, mit M. H., der nunmehrigen Witwe, geschlossenen Ehe durch notariellen Vertrag vom 6. Dezember 1892 unter Einführung des Güterstandes der allgemeinen Gütergemeinschaft nach Bamberger LR. die zwei aus seiner ersten Ehe hervorgegangenen Kinder vollkommen vereinkindschaftet und außer ihnen fünf Kinder aus der zweiten Ehe hinterlassen. Die Witwe hat mit dem Vormunde der ersteehelichen Kinder vereinbart, die Auseinandersetzung zwischen ihr und ihren Kindern einerseits und den Stiefkindern anderseits aus Zweckmäßigkeitsgründen aufzuschieben. Auf ihren Antrag hat das Nachlaßgericht ihr ein Zeugnis des Inhalts erteilt, daß sie infolge des Todes ihres Mannes Alleineigentümerin des gemeinschaftlichen Vermögens geworden sei. Auf Veranlassung des Nachlaßgerichts wurde das zum gemeinschaftlichen Vermögen gehörende Anwesen im Hypothekenbuch auf M. Sch. als Alleineigentümerin umgeschrieben. Der Vormund legte Beschwerde mit dem Antrag ein, das Zeugnis und die Eintragung den Anteilsrechten der Mündel am elterlichen Vermögen entsprechend zu berichtigen. Das LG. hat das Zeugnis für unrichtig erklärt und das Nachlaßgericht angewiesen, es einzuziehen und die Berichtigung des Hypothekenbuchs zu veranlassen. Gegen diese Entscheidung hat M. Sch. weitere Beschwerde eingelegt. Das ObLG. hat diese mit folgender Begründung zurückgewiesen: In dem Beschlusse vom 10. Dezember 1878 hat der Oberste Gerichtshof ausgesprochen, daß vereinkindschaftete Kinder, für die die Einkindschaft nach T. II C. 4 Tit. 2 § 1 des Bamb. LR. mit dem Tode ihres leiblichen Elternteils aufhört, von den zum gemeinschaftlichen Vermögen gehörenden Grundstücken eine Besitzveränderungsgebühr nur insoweit zu entrichten haben, als die Grundstücke ihnen durch die Grundteilung zugewiesen werden. In der Begründung ist ausgeführt, daß die allgemeine Gütergemeinschaft des Bamb. LR. eine Gemeinschaft zur gesamten Hand sei, den vereinkindschafteten Kindern daher nicht Anteile an sämtlichen einzelnen Vermögensstücken zuständen, sondern erst das Ergebnis der Grundteilung darüber entscheide, was sie aus dem gemeinschaftlichen Vermögen erhalten. Sie hätten zunächst nur das Recht, Grundteilung zu verlangen, ob dieses Recht aber einen Wert habe, hänge von dem Ergebnisse der Teilung ab, eine Sukzession der Kinder in das gemeinsame Vermögen finde nur bezüglich dessen statt, was ihnen in Ausführung der die Sukzession vermittelnden Grundteilung wirklich zugewiesen wird. Die zuletzt angeführte Erwägung ist, jedenfalls sofern ihre Tragweite über die Frage der Gebührenpflicht hinausgreifen soll, nicht haltbar. Die Kinder der früheren Ehe erlangen das Recht auf Grundteilung durch Erbfolge, es steht ihnen deswegen zu, weil ihre Anteile ihnen im Augenblicke des Todes ihres leiblichen Elternteils kraft des Gesetzes zufallen. Sie werden mit dem Eintritte des Erbfalls Teilhaber des gemeinschaftlichen Vermögens, in Ansehung ihrer Anteile tritt eine fortgesetzte Gütergemeinschaft überhaupt nicht ein, für die Auseinandersetzung mit dem Stiefelternteil ist der Bestand des gemeinschaftlichen Vermögens im Zeitpunkte des Todes ihres leiblichen Elternteils maßgebend (vgl. Spies, Bamb. Provinzialrecht § 60 S. 136 β; Pfeilschifter, Bamb. LR. § 66 S. 183; Schüttinger, Einkindschaft nach Bamb. R. § 9 B. I, 1 c S. 62). Die Grundteilung wird nach den Vorschriften des Bamberger Rechtes vollzogen, für den überlebenden Ehegatten und dessen Kinder tritt aber nicht, wie das LG. angenommen hat, zunächst die fortgesetzte Gütergemeinschaft des Bamberger Rechtes, sondern sofort die fortgesetzte Gütergemeinschaft des BGB. ein. Unter der Abschichtung der vereinkindschafteten Abkömmlinge versteht Art. 72 Abs. 1 Satz 2 UeG. nicht die vollständige Durchführung der Grundteilung, deren Dauer im einzelnen Falle von verschiedenen Zufälligkeiten abhängt, sondern den Eintritt des Falles der Grundteilung, die Auflösung der Einkindschaft. Die Vorschriften des BGB., deren Geltung das Gesetz nur um der Rechte der vereinkindschafteten Kinder willen ausschließt, werden mit dem Ausscheiden der Kinder der früheren Ehe sofort wirksam, der Anteil des überlebenden Ehegatten und seiner Kinder an dem gemeinschaftlichen Vermögen wird sofort Gesamtgut der fortgesetzten Gütergemeinschaft des BGB. Das LG. hat hiernach mit Recht die Einziehung des Zeugnisses angeordnet. (Beschluß des I. ZS. vom 22. März 1907, Reg. III 23/1907).

880 W.

III.

Unzulässiger Gebrauch von Zusätzen zur Firma (HGB. §§ 37, 18, 22). Der Kaufmann E. F. in N. hat ein Damenkonfektionsgeschäft, das die Kaufleute M. Sp. und H. H. dort in offener Handelsgesellschaft unter der Firma Sp. und H. betrieben, von den Gesellschaftern samt der Firma käuflich erworben. Sp. und H. hatten in ihrem Unternehmen zwei Geschäfte vereinigt, von denen in N. das eine unter der Firma M. G. von einer Frau E. G., das andere unter der Firma M. F. Nachfolger von dem Kaufmann E. Z. geführt worden war. Kaufmann F. betreibt sein Geschäft unter der Firma Sp. und H. und hat diese Firma zur Eintragung in das Handelsregister angemeldet. Am 4. November 1906 ließ er eine Geschäftsanzeige veröffentlichen, deren Unterschrift außer der Firma Sp. und H. den unter ihr angebrachten Zusatz „M. F. und M. G. Nachf." enthält, während rechts neben der Firma die Straße, in der das Geschäftshaus liegt, angegeben ist. Das Amtsgericht N. als Registergericht hat ihm auf Antrag des Kaufmanns H. G. dort aufgegeben, sich dieses Gebrauchs der Firma M. F. und M. G. bei Meidung einer Ordnungsstrafe zu enthalten, oder den Gebrauch durch Einspruch zu rechtfertigen. F. erhob Einspruch und begründete ihn mit der Be-

hauptung, die Kaufleute Sp. und H. hätten von E. G. und von E. Z. die Bewilligung erhalten, die Firmen M. G. und M. F. Nachfolger als nicht eingetragenen Zusatz beizufügen, von dieser Befugnis in Bekanntmachungen und im Aufdruck auf Geschäftspapieren unbeanstandet Gebrauch gemacht und sie mit der Firma Sp. und H. auf ihn übertragen. Er habe den Gebrauch des Zusatzes seit mehr als einem Jahre wieder aufgenommen, führe aber nur die Firma Sp. und H. und füge den Zusatz bloß zur Unterscheidung des Geschäfts bei, ohne ihn als Bestandteil der Firma zu betrachten. In dem zur Erörterung der Sache bestimmten Termine übergab er eine Postkarte, der die Firma Sp. und H. mit dem Zusatze „M. G. und M. F. Nachfolger" aufgedruckt ist, dazu bemerkte er, abgesehen von diesen Geschäftskarten habe er den Zusatz nur in seltenen Fällen der Firma beigefügt. Das Registergericht verwarf den Einspruch. Das Landgericht hat die Beschwerde zurückgewiesen. Auch die weitere Beschwerde wurde verworfen.

Gründe: Die Firma kann neben dem bürgerlichen Namen, den der Kaufmann nach § 18 Abs. 1 HGB. auch im Betriebe des Handelsgewerbes gebraucht, oder der bisherigen Firma des von ihm erworbenen Geschäfts, die er nach § 22 Abs. 1 Satz 1 fortführt, Zusätze der im § 18 Abs. 2 Satz 2 und im § 22 Abs. 1 Satz 1 bezeichneten Art enthalten. Solche Zusätze sind Bestandteile der Firma, sie bilden in Verbindung mit dem bürgerlichen Namen oder der bisherigen Firma den Namen, unter dem der Kaufmann im Handel seine Geschäfte betreibt. In der Aufnahme eines an sich statthaften Zusatzes in die Firma hat der Kaufmann freie Hand; aber es steht nicht in seinem Belieben, wenn er eine einen Zusatz nicht enthaltende Firma führt, ihr gelegentlich einen Zusatz als Bestandteil beizufügen, wenn er eine einen Zusatz enthaltende Firma führt, den Zusatz bald zu gebrauchen, bald wegzulassen. Eine Abkürzung der Firma ist im § 13 des Ges. z. Schutze der Warenbezeichnungen vom 12. Mai 1894 für die Anbringung der Firma auf Waren, deren Verpackung oder Umhüllung gestattet, und mag auch im rechtsgeschäftlichen Verkehr ausnahmsweise zugelassen werden, wenn für jedermann erkennbar bleibt, wen die abgekürzte Firma bezeichnet (vgl. RG. in ZS. Bd. 56 S. 417), es darf aber nicht der Firma durch willkürliche Aenderung ein Aussehen gegeben werden, das geeignet ist, sie als eine andere Firma erscheinen zu lassen. Hier hat das LG. einwandfrei festgestellt, daß der Beschwerdeführer auf den Geschäftskarten und in der Ankündigung in Zeitungen mit seiner Firma einen ein Nachfolgeverhältnis bekundenden Zusatz in solcher Weise verbunden hat, daß der Zusatz sich als Bestandteil der Firma darstellt. Da der Beschwerdeführer den Zusatz nicht endgültig in die Firma aufgenommen hat sondern ihn bald beifügen bald weglassen will, seine Firma also den Zusatz nicht enthält und demgemäß auch ohne ihn in das Handelsregister eingetragen ist, so hat das LG. mit Recht in dem Gebrauche der durch den Zusatz veränderten Firma den Gebrauch einer dem Beschwerdeführer nicht zustehenden Firma im Sinne des § 37 HGB. gefunden, gegen den das Registergericht nach § 140 FGG. einzuschreiten hat. (Beschl. des I. ZS. vom 8. März 1907, Reg. III. 17/1907). W.

869

IV.

Voraussetzungen für die Zulässigkeit der Feststellungsklage und Wirkungen der feststellenden richterlichen Entscheidung. Austritt und Ausschließung aus einem nicht rechtsfähigen Verein. (ZPO. § 256, BGB. § 705 ff., UeG. Art. 2). Der Sängerbund N. besteht aus einer Anzahl einzelner Gesangvereine. Nach der Satzung kann ein Mitgliedverein, der den Bundeszwecken entgegenwirkt, durch Beschluß der Bundesversammlung ausgeschlossen werden. Im Juli 1904 fand eine Bundesversammlung mit Vorträgen der einzelnen Vereine statt. Die Aufführung eines Vereins wurde dabei durch Störungen verhindert. Die Bundesversammlung beschloß eine Untersuchung durch den Bundesausschuß und ermächtigte ihn, den Verein, dessen Mitglieder die Störung veranlaßt hätten, auszuschließen. Am 1. August 1904 erklärte der Gesangverein P. seinen Austritt. Am 16. Oktober beschloß der Bundesausschuß, diesen Verein auszuschließen, weil seinen Mitgliedern das erwähnte satzungswidrige Verhalten zur Last falle. Der Gesangverein P. erhob Klage gegen den Bund mit dem Antrage, festzustellen, daß der Beschluß unwirksam sei. Das LG. erkannte nach Klage; Berufung und Revision des Bundes wurden zurückgewiesen.

Aus den Gründen des Revisionsurteils: Es fehlt jeder Anhaltspunkt für die Annahme, daß die Gesetzgeber beabsichtigten, dem im § 526 ZPO. gebrauchten Worte „Rechtsverhältnis" eine besondere prozeßrechtliche Bedeutung zu geben. Rechtsverhältnis im Sinne des § 256 ist, der allgemeinen Bedeutung des Wortes im gemeinen Recht entsprechend, jedes vom objektiven Rechte anerkannte Lebensverhältnis. Durch die vom OLG. gebilligte Feststellung, daß der Beschluß des Bundesausschusses unwirksam ist, hat das LG. entschieden, daß dem Sängerbunde das Recht nicht zustand, die Ausschließung des Klägers zu beschließen. Hiermit hat es nicht bloß die Tatsache festgestellt, daß der Kläger am 16. Oktober 1904 nicht mehr Mitglied des Bundes war, sondern es hat entschieden, daß das Gesellschaftsverhältnis, das zwischen dem Kläger und dem Beklagten bestand, nicht durch Ausschließung des Klägers beendigt worden ist, weil es schon vorher durch seinen Austritt beendigt worden war. Die Entscheidung bildet demnach nicht die Feststellung bloßer Tatsachen, sondern die Feststellung des Nichtbestehens eines Rechtsverhältnisses. Auch ein der Vergangenheit angehörendes Rechtsverhältnis kann Gegenstand einer Feststellungsklage sein, wenn seine rechtlichen Wirkungen derart in die Gegenwart hereinreichen, daß der Kläger ein rechtliches Interesse daran hat, daß das Nichtbestehen alsbald festgestellt wird (Seuff. Arch. Bd. 41 Nr. 168; RG. in ZS. Bd. 27 S. 204.). Der Beschluß des Bundesausschusses bezieht sich allerdings auf die Vergangenheit, seine Wirkungen würden jedoch, wenn er wirksam wäre, insofern in die Gegenwart hereinreichen, als der Kläger ein ausgeschlossenes früheres Mitglied und sein freiwilliger Austritt unwirksam wäre. Das OLG. hat ferner festgestellt, daß der Beschluß für das gesellschaftliche Ansehen des Klägers und für die Möglichkeit, in andere Vereinigungen aufgenommen zu werden, von Bedeutung ist. Daß der Kläger ein rechtliches Interesse an der alsbaldigen Feststellung hat, ist hiernach genügend dargetan. Die Folgen des Beschlusses, die das OLG. feststellte, berühren die Stellung des Klägers in rechtlichen und in wirtschaftlichen Beziehungen.

Der Vertreter des Revisionsklägers machte geltend, dadurch, daß das OLG. annahm, die Ausschließung eines Gesellschafters auf Grund der Satzung könne nach dessen Austritt nicht mehr stattfinden, habe es die Grundsätze des Gesellschaftsrechts (§§ 705 ff. BGB.), den § 133 des BGB. und die Rechtsregeln über Verträge verletzt. Auf den Sängerbund finden nach Art. 2 Abs. 1 des UeG. die Vorschriften des BGB. über die Gesellschaft Anwendung. Hiernach sind für die Zulässigkeit und die Wirkungen des Austritts und der Ausschließung zunächst die Bestimmungen der Satzung maßgebend. Nach den tatsächlichen Feststellungen des angefochtenen Urteils enthält die Satzung des Sängerbundes keine Bestimmung, durch die das Recht der Mitglieder, auszutreten, ausgeschlossen ist, wenn das Mitglied sich eines Verhaltens schuldig gemacht hat, das nach der Satzung seine Ausschließung

rechtfertigen würde. Das Rechtsverhältnis der Unterwerfung eines Mitglieds unter die Satzung dauert so lang, wie die Mitgliedschaft. Ausgeschlossen werden können nur Mitglieder; es verstößt gegen die Satzung und die Logik, die Ausschließung eines Nichtmitglieds zu beschließen, das dem Verein zur Zeit des Ausschließungsbeschlusses nicht mehr angehört. Disziplinarmaßregeln, zu deren Verhängung die Satzung den Verein ermächtigt, sind gegen ein ausgetretenes Mitglied nicht mehr zulässig.[1]) Mit Unrecht machte der Vertreter des Revisionsklägers geltend, der Rechtssatz, daß noch nicht erledigte vermögensrechtliche Ansprüche aus dem Gesellschaftsverhältnisse gegen einen Gesellschafter nach dessen Ausscheiden fortwirken, müsse auch bei nicht vermögensrechtlichen Ansprüchen gelten. Ein Rechtssatz, der für vermögensrechtliche Verhältnisse gilt, kann nicht ohne weiteres auf rechtliche Beziehungen von wesentlich anderer Art angewendet werden. Belanglos ist deshalb auch die Bemerkung, der Beklagte habe ein Interesse daran, zur Geltung zu bringen, daß das Ausscheiden des Klägers unfreiwillig war, und der Austritt sei eine Umgehung der Satzung. (Urteil vom 3. Dezember 1906, [II. ZS.], Reg. I Nr. 205/06).

817 K.

B. Strafsachen.

Eine ortspolizeiliche Vorschrift, derzufolge die Angrenzer eines öffentlichen Feldweges gezwungen werden sollen, mit Zäunen und Mauern ihrer Gartengrundstücke auf eine bestimmte Entfernung zurückzurücken, damit für das Ausweichen von Fuhrwerken auf dem Feldwege genügend Platz geschaffen wird, ist ungültig. Zwangsenteignung nach pfälzischem Rechte. Kosten der Verteidigung. Durch einen Beschluß des Gemeinderats der pfälzischen Stadt L. wurden auf Grund des Art. 120 Abs. I Ziff. 1, 121 Abs. I PStGB. und des § 366 Nr. 10 StGB. „ortspolizeiliche Vorschriften in Bezug auf Landwirtschaft" erlassen, die von der Regierung für vollziehbar erklärt und ordnungsgemäß öffentlich bekannt gemacht wurden. Ihr § 3 lautet:

I. Mauern, Zäune, Hecken und Bäume an öffentlichen Feld- und Gewannenwegen von weniger als 4 m Breite, soweit sie nicht unter § 1 Abs. I der Bauordnung vom 17. Februar 1901 fallen, dürfen nur in einer Entfernung von 2 m von der Mitte derselben (?) gesetzt werden.[2])

II. Bereits bestehende Mauern, Zäune, Hecken und Bäume sind auf Verlangen der Ortspolizeibehörde auf diese Entfernung zurückzusetzen.

Auf Grund dieser Vorschrift wurde gegen mehrere Personen ein Strafverfahren eingeleitet, weil sie sich weigerten, mit ihren Gartenzäunen zurückzurücken. Sie erhoben mit Erfolg den Einwand der Ungültigkeit der Vorschrift.

Aus den Gründen des Revisionsurteils: Das Berufungsgericht stellt folgendes fest: Die Angeklagten seien Eigentümer oder Nutznießer von Gärten, die längs eines Weges liegen. Die Grenzzäune dieser Grundstücke nach der Seite des Weges stünden seit unvordenklicher Zeit. Der Feldweg selbst sei als Eigentum der Gemeinde im Grundbuch eingetragen, werde von ihr unterhalten und diene von jeher dem allgemeinen Verkehre, weshalb er ein öffentlicher Weg sei. Seine Breite schwanke zwischen 2,5 und 2,8 m; eine Gefahr, daß die Anlieger mit ihren Zäunen vorrücken und so den Feldweg verengern, bestehe nicht. Eine Baulinie sei nicht gezogen, wohl aber habe der Geometer die Linie abgesteckt, bis zu der auf Grund des § 3 Abs. II der ortspol. Vorschriften die Angrenzer zurückzurücken hätten, um eine Verbreiterung des Feldweges auf 4 m zu ermöglichen. Aus den Akten des Bürgermeisteramtes gehe hervor, daß die Vorschrift mit der Landwirtschaft gar nichts zu tun habe und für ihre Erlassung nur die Rücksicht auf den Fuhrwerksverkehr maßgebend war.

Nach Art. 15a PStGB. haben die Gerichte bei der Aburteilung der Uebertretung einer polizeilichen Vorschrift die gesetzliche Gültigkeit der Vorschrift zu prüfen. Es ist zulässig, hierbei zur Feststellung der Tragweite einer nicht zweifelsfreien Vorschrift auf ihren Werdegang zurückzugreifen. Von den bei der Erlassung der ortspolizeilichen Vorschriften in bezug genommenen Gesetzesstellen ist Art. 120 PStGB. auszuscheiden, weil er einen ganz anderen Gegenstand betrifft. Dagegen ermächtigt der Art. 121 Abs. I PStGB. die Ortspolizeibehörden zur Erlassung von „feldpolizeilichen" Vorschriften zum Schutze der Feldwege. Diesem Zwecke können besonders Vorschriften dienen, durch die die Ausnützung der an die Feldwege anstoßenden Grundstücke bis an die äußerste Grenze verhindert und der Gefahr vorgebeugt wird, daß die Feldwege durch die Bearbeitung des Bodens an ihrem Rand allmählich eingeengt würden. Die auf den Grundstücken der Angeklagten zurzeit stehenden Zäune, deren Beseitigung verlangt wird, gewähren gerade einen Schutz gegen diese Gefahr; ihre Zurücksetzung würde eine Gefahr herbeiführen, besonders wenn den Anliegern die Benützung der außerhalb der neuen Zaunlinie liegenden Teile ihrer Grundstücke gestattet würde. Deshalb ist die Annahme des LG. bedenkenfrei, daß die Vorschrift des § 3 Abs. II keine Beziehung zur Feldpolizei habe und nicht erlassen sei, um eine Gefährdung der Feldwege hintanzuhalten.

§ 366 Nr. 10 StGB. gewährt den Polizeibehörden die Befugnis, „zur Erhaltung der Sicherheit, Bequemlichkeit, Reinlichkeit und Ruhe auf den öffentlichen Wegen" Verordnungen zu erlassen. Hierzu sind nach Art. 2 Ziff. 6 PStGB. auch die Ortspolizeibehörden ermächtigt; sie dürfen hierbei die durch Art. 10 PStGB. aufgestellte Schranke nicht überschreiten. Die erste Voraussetzung für die Anwendbarkeit von § 366 Nr. 10, daß es sich um einen öffentlichen Weg handle, ist hier gegeben. Allein, wenn die Vorschrift in § 3 Abs. II nicht zur Erhaltung der Sicherheit und Bequemlichkeit auf dem Feldwege, sondern zu dem Zwecke erlassen worden ist, um ein Verkehrshindernis zu beseitigen und eine Verbreiterung des Feldweges auf 4 m zu ermöglichen, so kann dieses Ziel nicht erreicht werden, ohne daß ein Teil der an den Feldweg angrenzenden Grundstücke zu ihm gezogen oder daß in einer gegen § 905 BGB. verstoßenden Weise in den Raum über der Oberfläche der Grundstücke übergegriffen wird. Nun schließt zwar die Unverletzlichkeit des Eigentums keineswegs Anordnungen aus, durch die im polizeilichen Interesse seiner freien Benützung Schranken gesetzt und einzelne Arten der Benützung verboten werden. Wenn aber eine solche Anordnung dazu führt, daß durch die Inanspruchnahme von Grundstücken für öffentliche Zwecke die im Grundeigentum liegenden Rechte ganz oder fast ganz vereitelt werden, so überschreitet sie das zulässige Maß. Durch die VerfU. Tit. IV § 8 ist den Einwohnern des Staates die Sicherheit des Eigentums gewährleistet; es darf niemand gezwungen werden, sein Eigentum ganz oder teilweise für öffentliche Zwecke abzutreten, ohne daß ihm eine angemessene Entschädigung gewährt wird. Die Verwirklichung dieses Grundsatzes gestaltet sich nach dem in der Pfalz geltenden Rechte verschieden, je nachdem es sich um Staats- oder Distriktsstraßen oder um öffentliche Gemeindewege handelt. Nach dem für das ganze Königreich geltenden Gesetze vom 17. November 1837 können Eigentümer zur Abtretung von unbeweglichem Eigentum oder dessen Belastung mit einer Dienstbarkeit zum Zwecke der Anlegung neuer oder der Erweiterung, Abkürzung oder Ebenung schon bestehender Staats-

---

[1]) Vgl. das in dieser Zeitschrift 1. Jahrgang S. 222/3 abgedruckte, einen ähnlichen Fall behandelnde Urteil des Reichsgerichts.

[2]) Wir möchten nicht unterlassen darauf aufmersam zu machen, wie diese polizeiliche Vorschrift die deutsche Sprache mißhandelt.



Kreis- oder Bezirksstraßen — Kreisstraßen gibt es in der Pfalz nicht und die dort erbauten Bezirksstraßen sind jetzt Distriktsstraßen (vgl. Wand S. 8 und 322 bis 324) — nur nach Durchführung des in dem genannten Gesetze und dem VGHG. vom 18. August 1878 vorgeschriebenen Verfahrens sowie gegen volle Entschädigung angehalten werden. Hierdurch wurden die bis dahin in der Pfalz geltenden, aus dem französischen Rechte stammenden Bestimmungen in Ansehung der Staats- und der Distriktsstraßen aufgehoben. Hinsichtlich der öffentlichen Gemeindewege dagegen, die entweder Vizinalwege oder Gemeindewege im engeren Sinne oder Feldwege sein können, gilt noch das frühere Recht; sie genießen das Vorrecht der eigentlichen Zwangsenteignung nicht, vielmehr wird für sie zufolge des Ges. vom 9. Ventôse XIII eine Art summarischer, kurzhändiger Enteignung durchgeführt. Findet nämlich die Distriktsverwaltungsbehörde es im Interesse des Verkehrs notwendig, einen solchen Weg zu erweitern, so darf diese Erweiterung durch einen bloßen Verwaltungsbeschluß ausgesprochen werden, gegen den nach den kaiserlichen Dekreten vom 6. Oktober 1813 die Beschwerde im administrativen Instanzenzuge offensteht. Der Beschluß hat die unmittelbare Einverleibung des zugezogenen Landes in den Weg zur Folge und bildet den Eigentumstitel für die Gemeinde. Dem bisherigen Eigentümer der Fläche bleibt nur ein Anspruch auf Geldentschädigung, die von den Gerichten festzusetzen, jedoch nicht im voraus zu zahlen oder zu erlegen ist. Wenn nun hier die Ortspolizeibehörde einfach durch Erlassung einer ortspolizeilichen Vorschrift den Angrenzern eines Feldweges zur Erweiterung dieses Teile ihrer Grundstücke entziehen will, so würden die Grundeigentümer auf einem Umwege der gesetzlich gewährleisteten Vorteile verlustig gehen, die in der Notwendigkeit der Anordnung durch die Distriktsverwaltungsbehörde, in der Möglichkeit der Beschreitung des Beschwerdeweges und in dem Anspruch auf eine Entschädigung liegen. Deshalb ist die Bestimmung in § 3 Abs. II gesetzwidrig.

Da es sich hier um schwierige Rechtsfragen handelt und darum zur Wahrung der Interessen der Angeklagten die Zuziehung eines rechtskundigen Verteidigers veranlaßt war, handelte die Strafkammer im Geiste des Gesetzes, als sie auch die Kosten der Verteidigung der Staatskasse auferlegte. Dagegen war es nicht veranlaßt, auch die Kosten der Verteidigung in der Revisionsinstanz der Staatskasse aufzuerlegen, weil das Verfahren in den beiden Vorinstanzen genügende Gelegenheit dazu gegeben hatte, die maßgebenden rechtlichen Gesichtspunkte im Interesse der Angeklagten geltend zu machen, und in Anbetracht der ausführlichen Begründung des freisprechenden Erkenntnisses der Strafkammer auch nicht zu erwarten stand, daß in der Revisionsinstanz noch wesentlich neue rechtliche Erwägungen in Frage kommen könnten (Urt. vom 28. Februar 1907, RevReg. 26/07). H.

862

Oberlandesgericht München.

Aufnahme eines Prozesses nach § 10 Abs. 2 oder nach § 146 Abs. 3 KO. L. klagte gegen M. aus Vermittlungsaufträgen auf Zahlung von 200 Mk., geriet jedoch, während der Prozeß noch im Beweisverfahren 1. Instanz schwebte, in Konkurs. Der Anwalt des Beklagten lud nun den Verwalter „zur Aufnahme und zur Verhandlung über die Hauptsache", weil er trotz wiederholter Aufforderung zur Aufnahme keine Antwort gegeben habe. Im Termin erklärt der Verwalter, daß er den Prozeß nicht aufnehme. Der Anwalt des Beklagten legte daraufhin einen Tabellenauszug vor, wonach der Verwalter die zum Konkurs angemeldeten bisherigen Prozeßkosten des Beklagten zu 291 Mk. bestritten habe und beantragte, den Verwalter „zur Aufnahme des Rechtsstreits zu verurteilen". Das Gericht lehnte durch Beschluß diesen Antrag ab, weil nicht § 239 ZPO., sondern § 10 Abs. 2 KO. anzuwenden sei, der Verwalter aber die Aufnahme ablehne, der Beklagte daher den Prozeß gegen den Gemeinschuldner aufnehmen müsse, falls letzterer nicht selbst die Aufnahme betätige (Jaeger, KO. Anm. 26, 27 zu § 10).[1]) Hiergegen beschwerte sich der Beklagte mit der Begründung, das Prozeßgericht habe übersehen, daß es sich um Feststellung der vom Verwalter im Prüfungstermin bestrittenen Kostenforderung handle; eine Aufnahme sei in diesem Punkt gegen den Gemeinschuldner mangels dessen Bestreitung unmöglich. Die Beschwerde wurde für zulässig erachtet, blieb aber erfolglos, weil das OLG. die Gründe des Erstgerichts durchaus billigte. (Beschl. v. 23. März 1907; BeschwReg. II 168/07).

881 N.

Landgericht München I.

I.

Zur Vollstreckbarkeit der bayer. Hypothekenbriefe (Art. 127 ff. AG. z. ZPO.). Am 22. November 1898 bestellten die Tapezierersehelente Joseph und Anna W. gemeinsam zu notarieller Urkunde auf ihrem Anwesen in M. Hypothek unter Anerkennung samtverbindlicher Haftung, jedoch ohne Unterwerfung unter die Zwangsvollstreckung. Nach dem Tode des Joseph W. heiratete Anna W. am 10. Februar 1906 den Alexander K. Der Hypothekgläubiger beantragte nunmehr, daß zu der ihm bereits gegen die Ehegatten W. erteilten vollstreckbaren Ausfertigung eine Vollstreckungsklausel gegen den zweiten Ehemann auf Duldung der Zwangsvollstreckung in das Hypothekenobjekt beigefügt werde, das Anna W. in ihre vertraglose zweite Ehe eingebracht habe. Das Notariat weigert sich, weil keine Rechtsnachfolge im Sinne des Art. 128 AG. z. ZPO. vorliege; die Weigerung wurde vom Landgericht für ungerechtfertigt erklärt.

Aus den Gründen: Maßgebend ist § 742 ZPO., denn der für die jetzige Ehe bestehende Güterstand der Verwaltung und Nutznießung ist erst am 10. Februar 1906 eingetreten, während die Hypothekurkunde, worin der damalige Ehemann die Schuldaufnahme der Ehefrau offensichtlich genehmigt hat (BayObLGZ n. F. 1, 445), schon am 22. November 1898 errichtet worden ist. Anna W. hat auch das Hypothekenobjekt in die weitere Ehe eingebracht. An Stelle der Rechtshängigkeit im Sinne des § 742 ZPO. tritt bei vollstreckbaren Urkunden der Zeitpunkt der Einrichtung (Seuffert Anm. 6 zu § 742). Als solche gegen die Ehefrau vollstreckbare Urkunde stellt sich auch der Hypothekenbrief vom 22. November 1898 dar (Art. VIII EG. z. ZPO., Nov. v. 1898; 166 Nr. XVI AG. z. BGB.; 127 ff., insbes. 136 AG. z. ZPO. mit § 1 ErmächtigungsG. v. 17. Mai 1898, RGBl. S. 342).[2]) Es trifft daher hier

---

[1]) Die Entscheidung wäre wohl richtiger in Urteilsform erfolgt (RGE. 45, 406); außerdem ist bei § 146 Abs. 3 KO. nicht der Verwalter zur Aufnahme zu zwingen, sondern der Gläubiger nimmt (durch Schriftsatzzustellung) selbst auf; mit Recht ist aber die Zulässigkeit einer solchen Aufnahme lediglich im Kostenpunkt eines massefremd gewordenen Prozesses verneint. Solchenfalls muß dann folgerichtig eine selbständige Feststellungsklage bezüglich der bestrittenen bedingten Kostenforderung gegen den Verwalter erhoben, aber bis zur Erledigung des massefremden Rechtsstreits mit dem Gemeinschuldner ausgesetzt werden; so z. B. insbesondere bzgl. der Kosten eines Scheidungs- oder Strafprozesses. Der Eins.

[2]) Da es sich in der zweiten Ehe um einen rein neurechtlichen nicht um einen übergeleiteten Güterstand handelt, ist Art. 24 UeG. nicht anwendbar. Unter den durch Art. VIII EG. z. ZP.-Nov. v. 1898 aufrechterhaltenen älteren Vorschriften befindet aber sich auch die Verweisungsnorm des Art. 136 AG. z. ZPO. und diese Verweisung muß nach § 1 des ErmächtigungsG. auf die neue Fassung der ZPO. bezogen werden. Das Ergebnis bliebe übrigens praktisch für den Hypothekgläubiger das nämliche, wenn man die Verweisung

die im § 742 ZPO. vorgesehene Umgangnahme von der Duldungsklage zu und es ist auf Grund der vorliegenden Heiratsurkunde und des Güterrechtsregisterauszugs die verlangte Vollstreckungsklausel ohne weiteres zu erteilen. (Beschl. vom 23. März 1907; BeschwR. Nr. 133/07).

852 N.

II.

Zwangshypothek zu einem Urteil auf Hinterlegung; Beschwerdekosten (§§ 866, 788 ZPO.; Art. 131 AG. z. BGB.). Das Grundbuchamt lehnte die beantragte Einschreibung einer Zwangshypothek unter Kostenauflage auf die Antragsteller ab, weil der Vollstreckungstitel nicht auf Zahlung, sondern auf Hinterlegung zugunsten eines Arrestpfandgläubigers laute, eine solche aber nicht das Eigentum auf den Gläubiger übertrage, sohin nicht Zahlung einer Geldforderung sei und durch Eintragung einer Sicherungshypothek nicht vollstreckt werden könne. Das LG. hob den Beschluß auf und überließ den Kostenausspruch der Vorinstanz.

Aus den Gründen: Voraussetzung der Zwangsvollstreckung in ein Grundstück durch Eintragung einer Sicherungshypothek gemäß §§ 866, 867 ZPO. ist, daß es sich um die Zwangsvollstreckung wegen einer Geldforderung (§ 803 ZPO.) handelt. Die Entscheidung hängt daher in erster Linie davon ab, ob der Anspruch des Beschwerdeführers auf Hinterlegung von Geld eine Geldforderung im Sinne des § 803 ZPO. oder ein Anspruch auf Vornahme einer Handlung im Sinne des § 887 ZPO. ist. Das LG. nimmt an, daß eine Geldforderung vorliegt. Die Beklagten sind verurteilt, den Betrag zu hinterlegen, nicht etwa als Sicherheit, sondern um ihre Schuld zu tilgen, wobei mit Rücksicht auf die inmitte liegende Arrestpfändung die Hinterlegung gemäß § 1281 BGB. angeordnet ist. Durch die Hinterlegung werden die Beklagten ebenso von ihrer Verbindlichkeit befreit, wie wenn sie an die Kläger unmittelbar zu leisten hätten. Auf ihrer Seite steht die Hinterlegung der Zahlung gleich. Es handelt sich demnach troß der durch die Pfändung notwendig gewordenen Anordnung der Hinterlegung noch um einen Anspruch auf Zahlung einer Geldsumme, sohin um eine Geldforderung (Annalen des Sächs. OLG. 26, 368; vgl. ZZP. 35, 229). Für die Eintragung einer Zwangshypothek ist weitere Voraussetzung, daß derjenige, zu dessen Gunsten das Grundstück belastet werden soll, Gläubiger der Geldforderung ist. Diesem Erfordernis steht nicht entgegen, daß die Hinterlegung für den Arrestgläubiger zu erfolgen hat. Der Anspruch steht trotzdem den Klägern zu; er geht auf Befriedigung einer ihnen zustehenden Forderung durch Zahlung einer bestimmten Summe an die Hinterlegungsstelle. Gläubiger sind die Kläger geblieben. Die Anordnung der Hinterlegung für den Arrestgläubiger hat ebensowenig wie die Pfändung die Wirkung, daß ihm die Forderung abgetreten wird; sie beschränkt nur die Verfügung des Gläubigers über die Forderung und soll nur dem Pfandgläubiger die künftige Befriedigung sichern. Es kann daher für die Kläger zur Sicherung ihrer Ansprüche Sicherungshypothek mit dem Beisatz eingetragen werden, daß der Betrag der Forderung zu hinterlegen ist (ZZP. 35, 237).[1]) Um dem Grundbuchamte die Möglichkeit zu geben, bisher nicht gewürdigte Umstände zu berücksichtigen, war es zur Vornahme der Eintragungen mit der Maßgabe anzuweisen, daß es sie nur vorzunehmen hat, wenn weitere Bedenken nicht entgegenstehen. Die Entscheidung im Kostenpunkt muß demgemäß dem Grundbuchamt vorbehalten bleiben. — Das Grundbuchamt trug nun die Zwangshypothek ohne weiteren Kostenausspruch ein. — Die Finanzbehörde regte später wegen Uneinbringlichkeit der in I. Instanz den Antragstellern überbürdeten Kosten beim Grundbuchamt die Erlassung der vorbehaltenen Kostenentscheidung an. Das Grundbuchamt verhielt sich ablehnend, weil es den Vorbehalt nur auf die Kosten I. Instanz bezogen habe. Nunmehr überbürdete das LG. selbst nachträglich die Beschwerdekosten den Schuldnern mit der Begründung, daß es hierzu auch nachträglich noch befugt sei und die Kostenpflicht der Vollstreckungsschuldner für die erfolgreiche Beschwerde sich aus § 788 ZPO. mit Art. 131 AG. z. BGB. ergebe. (Beschl. v. 1. Sept. 1906 und 10. April 1907; BeschwR. 401/06).

882 N.

auf die ältere Fassung beziehen wollte; denn dann entfiele das Erfordernis des Duldungstitels überhaupt. Es wäre aber ein sonderbarer Gegensatz, wenn für die erste übergeleitete Ehe ein Duldungstitel des neuen Rechtes nötig gewesen wäre (Art. 24 UeG.), nicht aber für die zweite lediglich neurechtliche Ehe. Der Eins.

[1]) Die frühere abweichende Ansicht des LG. (BayZfR. 1906, 86) ist damit aufgegeben. Der Einsender.

Literatur.

Schöninger, Adolf, Landrichter in Stuttgart. Die Leistungsgeschäfte des bürgerlichen Rechts. 340 S. Tübingen 1906, Verlag von J. C. B. Mohr (Paul Siebeck). Mk. 7.—.

Nicht mit den Rechtsverhältnissen, aus denen die verschiedenen Leistungs*pflichten* entspringen, sondern nur mit der *Leistung* selbst, der Vermögenszuwendung vom Leistenden an den Leistungsempfänger, losgelöst von der Leistungsverpflichtung, befaßt sich das Werk, insbesondere also auch nicht mit den rechtlichen Folgen, die sich durch die Bewirkung der Leistung oder durch die Nichtbewirkung für das die Leistungspflicht begründende Rechtsverhältnis ergeben. Nur die rechtlichen Beziehungen werden erörtert, die erst durch das Leistungsgeschäft als solches entstehen, d. h. durch die Leistung in Verbindung mit der causa als Zweck der Leistung. Demgemäß betrachtet Sch. zunächst die Leistungen in ihren verschiedenen Erscheinungsformen, nämlich durch das Mittel rechtsgeschäftlicher Tatbestände (dare), durch eine rein naturale Tätigkeit (facere) und durch Unterlassung (non facere), sodann die einzelnen Leistungszwecke, nämlich die Erfüllung und die ihr verwandten Zwecksetzungen, die Schenkung und die Leistung zum Zweck eines künftigen Erfolges, das Darlehen und die fiduziarischen Geschäfte (z. B. Sammelgeschäfte, Einkaufskommission, Inkassomandat usw.) und die Sicherungsgeschäfte. Das 3. Buch vertieft sich in die Begriffsbestimmung der Leistung und ihres rechtlichen Grundes, wobei insbesondere auch auf die Zusammengehörigkeit von Kondiktion und Leistung Licht fällt. Das 4. Buch wendet die bisherigen Ergebnisse auf den Tatbestand des abstrakten Schuldversprechens an und erörtert die verschiedenartigen Fälle seines Vorkommens. Den Schwerpunkt der Untersuchungen legt Sch. in den Nachweis, „daß der Tatbestand der Leistungsgeschäfte als eines rein wirtschaftlich-naturalen Vorganges durchaus zu unterscheiden ist von demjenigen des formal-juristischen Rechtsgeschäfts", „daß die Leistungsgeschäfte keine Unterart der Rechtsgeschäfte sind, sondern Gebilde von eigenartiger Natur, die weder den allgemeinen Bestimmungen über Rechtsgeschäfte (§§ 104—185) unterstellt, noch auch in das Gebiet der Sachenrechte oder Schuldverhältnisse eingereiht werden können."

Rechtsanwalt Dr. Böckel, Jena.

Makower, H., Handelsgesetzbuch mit Kommentar. 13. Auflage, bearbeitet von F. Makower, Rechtsanwalt; Bd. II umfassend Buch III des Gesetzes; VI u. 983 Seiten. Berlin 1906. J. Guttentag'sche Verlagsbuchhandlung. Preis ungebd. Mk. 9.60

Wir verweisen auf die Besprechung des I. Bandes (2. Jahrg. Nr. 24 S. 487).

Notizen.

Erstattung von Kosten der Rechtshilfe oder sonstigen Beistandsleistung in gerichtlichen Angelegenheiten. Die Bek. vom 29. März 1907 (JMBl. S. 85) enthält im wesentlichen eine übersichtliche Zusammenstellung der bisherigen, in den einzelnen Jahrgängen des JMBl. zerstreut veröffentlichten Vorschriften. Die in der Anlage I aufgenommenen „Grundsätze" geben eine — auch in den anderen Bundesstaaten veröffentlichte — Zusammenfassung der Vereinbarungen sämtlicher Bundesglieder mit Einschluß von Elsaß-Lothringen. Die Anlage II enthält die bayerischen Ausführungsbestimmungen. Die Vorschriften setzen als selbstverständlich voraus, daß die ersuchende und die ersuchte Behörde verschiedenen Bundesstaaten angehören. Sie befassen sich nicht mit der Kostenerstattung für den Fall, daß die Leistung der Rechtshilfe unter Behörden desselben Bundesstaats oder im Verkehre mit außerdeutschen Behörden erfolgt. Sie beschränken sich anderseits nicht auf die Fälle der Rechtshilfe im Sinne des GVG. Sie umfassen auch „die sonstige Beistandsleistung in gerichtlichen Angelegenheiten", z. B. die Tätigkeit der Gerichte im staatsanwaltschaftlichen Ermittelungsverfahren. Von den grundsätzlichen Bestimmungen können nur einige herausgegriffen werden: Grundlegend ist die Scheidung des Verhältnisses zwischen der ersuchenden und der ersuchten Behörde (zwischen Staat und Staat) und des Verhältnisses zwischen der ersuchenden Behörde (der Staatskasse) und der zahlungspflichtigen Partei. Nur die Staaten verzichten gegenseitig auf den Ersatz der Auslagen. Die zahlungspflichtige Partei hat davon keinen Vorteil. Sie hat der ersuchenden Behörde die Auslagen der ersuchten Behörde zu ersetzen. Im Verhältnisse zwischen den Staaten erleidet der Grundsatz der kostenfreien Erledigung der Ersuchen zwei wichtige Ausnahmen: 1. die durch eine Ablieferung oder Strafvollstreckung — einschließlich der Kosten einer der Ablieferung etwa vorausgegangenen Untersuchungshaft (Grundsätze III, 1) — entstandenen baren Auslagen werden nach wie vor ersetzt (vgl. § 165 Abs. 1 GVG.); 2. wird ein Gerichtsvollzieher eines anderen Bundesstaates mit der Beitreibung einer Geldstrafe (mit oder ohne Strafkosten) beauftragt, so hat er auf vollen Ersatz seiner Gebühren und Auslagen Anspruch. Von den bayerischen Ausführungsbestimmungen ist namentlich die schon bisher geltende, u. W. aber nicht immer befolgte Vorschrift zu beachten, daß die bayerischen Gerichte ihre Ersuchen um Rechtshilfe stets an das betr. Amtsgericht zu richten haben, auch wenn nach den am Orte der Erledigung des Ersuchens geltenden Landesgesetzen die Zuständigkeit anderer als gerichtlicher Behörden gegeben ist. Diese Bestimmung ist erlassen worden, weil nach § 194 Abs. 4 FGG. stets die Gerichte zur Rechtshilfe verpflichtet sind, und weil die „Grundsätze" über Kostenerstattung in allen Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit nur Anwendung finden, wenn die Erledigung des Ersuchens durch eine gerichtliche Behörde erfolgt (Grundsätze I, B). Besonders im Verkehre mit Baden und Württemberg ist darauf zu achten.

889

Die Nebenregister zu den Zivilprozeß- und den Berufungsregistern. (JMBl. 1907 S. 114, Bek. vom 22. April 1907). Die Erhebungen über die Dauer der Prozesse sollen vereinfacht werden (vgl. die Ergebnisse der Zivil- und Strafrechtspflege im Königreich Bayern für das Jahr 1905 S. XV, XVI). Insbesondere soll die Statistik über die Dauer der Wechselprozesse künftighin wegbleiben. Die Erhebungen erstrecken sich nur noch auf die gewöhnlichen Prozesse mit Einschluß der nach § 600 ZPO. im ordentlichen Verfahren anhängig gebliebenen Urkundenprozesse. Berufungen gegen Entscheidungen, die in Prozessen über Arreste und einstweilige Verfügungen ergangen sind, werden hierbei nach wie vor berücksichtigt (vgl. JMBl. 1905 S. 28 unter 3). Die Nebenregister zu den Zivilprozeß- und Berufungsregistern, die zur Vorbereitung der Statistik dienen, werden geändert. Die Zahl der Spalten wird erheblich gemindert. Die noch vorhandenen Formulare der älteren Art (JMBl. 1902 S. 125 bis 127 und S. 199 bis 201) sind zu ändern und aufzubrauchen.

907

Der Entwurf eines Gesetzes über die Bestrafung der Majestätsbeleidigungen ist mit einer Begründung dem Reichstage zugegangen (Drucksache Nr. 348). Die geplanten Aenderungen berühren nur die §§ 95, 97, 99, 101 des StGB., die Vorschriften über die Bestrafung von Tätlichkeiten gegen den Kaiser, den Landesherrn oder gegen Bundesfürsten (§§ 94, 96, 98 100 StGB.) werden nicht betroffen. Die Beleidigung soll nach den besonderen Vorschriften des 2. und 3. Abschnitts im 2. Teile des StGB. nur dann strafbar sein, wenn sie böswillig und mit Vorbedacht begangen ist; liegen diese Voraussetzungen nicht vor, so sollen die allgemeinen Vorschriften über Beleidigung zur Anwendung kommen. Den Begriff „böswillig" bestimmt die Begründung unter Verweisung auf die §§ 103 a, 134, 135 des StGB. dahin, daß die „Absicht des Täters gerade auf die Herabsetzung der Ehre der fürstlichen Person gerichtet" sein muß. Ueber den Begriff „mit Vorbedacht" spricht sich die Begründung nicht weiter aus; sie bemerkt nur, daß durch die Ausscheidung der nicht mit Vorbedacht begangenen Beleidigungen die meisten der Fälle getroffen würden, in denen bisher im Widerspruche mit dem allgemeinen Rechtsgefühle Bestrafungen erfolgen mußten. Man wird nicht fehlgehen, wenn man annimmt, daß der Ausdruck „mit Vorbedacht" nichts anderes sagen will, als der Ausdruck „mit Ueberlegung" in § 211 des StGB.

Die Strafverfolgung soll künftighin nur mit Genehmigung der Landesjustizverwaltung eintreten, soferne die Beleidigung nicht öffentlich begangen ist. Der Begriff der öffentlich begangenen Beleidigung gehört schon dem geltenden Strafrecht an (§ 200 Abs. 1 StGB.) und bedarf deshalb keiner Erläuterung. Die Genehmigung wird durch die Landesjustizverwaltung des Bundesstaats erteilt, dessen Behörden für die Verfolgung zuständig sind; für den Bereich der Militärgerichtsbarkeit ist sie nur in Friedenszeiten erforderlich, sie steht in diesem Falle der Militärjustizverwaltung zu. Neben der Genehmigung der Justizverwaltung ist bei der Beleidigung von Bundesfürsten nach den §§ 99 Abs. 2 und 101 Abs. 2 auch noch die Ermächtigung des Beleidigten Voraussetzung der Strafverfolgung. Die Ermächtigung soll, wie die Begründung bemerkt, in Zukunft erst eingeholt werden, wenn Gewißheit darüber besteht, daß die zuständige Justizverwaltungsstelle die Genehmigung zur Strafverfolgung erteilen wird.

Die Verfolgung aller Majestätsbeleidigungen soll in sechs Monaten verjähren. Der Unterschied, der hier zwischen den durch die Presse begangenen Beleidigungen und den übrigen Fällen der Beleidigung bisher bestand (vgl. § 22 des Preßgesetzes vom 7. Mai 1874), wird damit aufgehoben.

908

Druckfehler-Berichtigung.

Im Schlußsatze der Besprechung von Bindings „Grundriß des Deutschen Strafrechts" (Nr. 9 S. 200) ist statt „Strafrechts" „Strafmaßes" zu lesen.

Verantwortl. Herausgeber: Th. von der Pfordten, K. Landgerichtsrat, verw. im Staatsministerium d. Justiz.

Eigentum von J. Schweitzer Verlag (Arthur Sellier) in München.
Druck von Dr. Franz Paul Datterer & Cie., G. m. b. H., Freising.

Sonderbeilage zur Zeitschrift für Rechtspflege in Bayern.

Die für die Anwendung des Reichsstrafgesetzbuchs wichtigeren Entscheidungen des Reichs-Militär-Gerichts.

Bearbeitet von Regierungsrat v. Sutner in München. (Fortsetzung.)

(Die den einzelnen Entscheidungen beigesetzten Zahlen beziehen sich auf die amtliche Sammlung der Entscheidungen des Reichsmilitärgerichts).

§ 133. Die Worte „einem Beamten oder einem Dritten" im § 133 StGB. sind nicht im Gegensatze zum Täter gebraucht. Die Strafvorschrift findet auch dann Anwendung, wenn der Angeklagte der Dritte ist, dem der Gegenstand amtlich übergeben war, und er zugleich derjenige ist, der den Gegenstand vernichtet hat.

Die „Uebergabe" braucht keine förmliche zu sein und nicht von Hand zu Hand zu geschehen. Eine Uebergabe ist auch dann als erfolgt anzusehen, wenn der Gegenstand in eine solche Lage gebracht wird, daß der Täter ihn bestimmungsgemäß an sich nimmt.

Die Uebergabe ist eine „amtliche" im Sinne des § 133 StGB., wenn die Urkunde durch ein staatliches Organ in die Verfügungsgewalt eines Beamten oder eines Dritten gebracht wird und die Uebergabe zugleich erkennen läßt, daß die Eigenschaft der Urkunde als einer der Verfügung öffentlicher Organe vorbehaltenen fortzudauern habe.

Für den Begriff der „Urkunde" im Sinne des § 133 StGB. genügt, daß sie eine erhebliche Tatsache feststellt.

Ein Gegenstand befindet sich „zur amtlichen Aufbewahrung an einem dazu bestimmten Orte", wenn der Gegenstand bestimmungsgemäß so lange in amtlicher Aufbewahrung einer Behörde bleibt, bis über ihn anderweit amtliche Verfügung getroffen wird.

Für den Begriff der „gewinnsüchtigen Absicht" im Sinne des § 133 Abs. 2 StGB. genügt die Absicht, irgend einen vermögensrechtlichen Vorteil zu erreichen. 6 10.

Die Bestimmung des § 133 StGB. ist nur bei der Vernichtung, Beiseiteschaffung und Beschädigung solcher Gegenstände anwendbar, welchen eine Behörde ihre Fürsorge zum Zwecke der Erhaltung im öffentlichen Interesse in erkennbarer Weise zuwendet.

Patronen, welche einem Truppenteile zu Uebungszwecken überwiesen sind und sich in vorschriftsmäßiger Aufbewahrung befinden, gehören nicht zu den Gegenständen, „welche sich zur amtlichen Aufbewahrung an einem dazu bestimmten Orte" — im Sinne des § 133 a. a. O. — „befinden". 8 247.

§ 137. Die Wirksamkeit einer Pfändung an Sachen, die im Besitze des Schuldners belassen sind, ist nicht abhängig von der Anlegung des Siegels an den Pfandgegenstand; es genügt, wenn die Pfändung auf sonstige Weise, unter genauer Bezeichnung des Pfandgegenstandes, ersichtlich gemacht ist. 5 67.

Es ist nicht rechtsirrtümlich, wenn in der von einem Dritten eigenmächtig bewirkten Fortschaffung eines dem Schuldner belassenen Pfandgegenstandes aus dem für die Aufbewahrung des letzteren bestimmten Raume in einen anderen, der Verfügungsgewalt des Schuldners entzogenen Raum die Entziehung aus der Verstrickung erblickt wird. 5 67.

In subjektiver Hinsicht genügt zur Anwendung des § 137 StGB. dolus eventualis. 5 67.

§ 154 Abs. 1. Die Verurteilung wegen Meineids wird dadurch nicht ausgeschlossen, daß die Beeidigung des Zeugen gesetzlich unzuläßig war und die vorgeschriebene Belehrung der Berechtigung zur Verweigerung des Zeugnisses oder zur Verweigerung seiner Beeidigung unterblieben ist. 4 83.

Die Rechtsgültigkeit des Eides wird durch die Nichtbeachtung der Vorschriften nicht gehindert, die für das Verfahren bestehen, in welchem er geleistet wird. Voraussetzung ist vom formalen Gesichtspunkte nur, daß die Eidesleistung vor einer zur Abnahme von Eiden zuständigen Behörde und daß sie in den für den Eid vorgeschriebenen Formen erfolgt. 4 172.

§ 157 Abs. 1. Die durch den Meineid an sich verwirkte Strafe ist auch dann zu ermäßigen, wenn sich der wissentlich falsch aussagende Zeuge durch eigenes Verschulden in die Lage gebracht hatte, mit Angabe der Wahrheit sich der Möglichkeit der Verfolgung wegen Verbrechens oder Vergehens auszusetzen. 2 123.

Hat der Angeklagte eine wissentlich falsche Anschuldigung begangen und solche alsdann durch einen Eid bekräftigt, so findet die Strafermäßigung nur dann statt, wenn das falsche Zeugnis mit der falschen Anschuldigung im sachlichen Zusammenflusse steht. 2 123.

Abs. 1 Nr. 2. Bei den in einem bürgerlichen Rechtsstreite vernommenen, gemäß § 383 Nr. 1 bis 3 der ZPO. zur Zeugnisverweigerung berechtigten Personen genügt zum Ausschlusse der Strafermäßigung des § 157 Nr. 2 StGB., daß sie vor ihrer Vernehmung über ihr Zeugnisverweigerungsrecht belehrt worden sind. Einer neuerlichen Belehrung vor der nachträglichen Beeidigung der früheren Aussage (§ 57 Abs. 2 StPO., § 200 Abs. 2 MStGO.) bedarf es bei solchen Personen nicht. 2 67.

Abs. 1 Nr. 1 und 2. Es tritt für einen Zeugen, der seine wissentlich falsche Aussage mit dem Eide bekräftigt hat, um sich selbst einer Strafverfolgung zu entziehen oder weil er über die Befugnis der Zeugnisverweigerung (§§ 187, 200 MStGO.) nicht belehrt ist, nicht Straflosigkeit, sondern Strafermäßigung ein. 4 83.

§ 159. Auch derjenige, der einen anderen auffordert, einen Dritten zum Meineide zu verleiten, begeht eine Handlung, durch welche das Ziel verfolgt wird, den Willen dieses Dritten zum Meineide zu bestimmen. 4 28.

Das Verbrechen des Unternehmens der Verleitung zum Meineide wird objektiv dadurch nicht ausgeschlossen, daß die Person, welche zur Begehung des Meineids verleitet werden soll, zufolge prozessualer Vorschriften nicht beeidigt werden darf. Die Unzulässigkeit der Beeidigung kann jedoch in subjektiver Beziehung insoferne von Erheblichkeit sein, als infolge davon die auf eine Beeidigung des Dritten gerichtete Absicht des Täters oder der ernstliche Glaube an die Möglichkeit einer eidlichen Vernehmung des Dritten ausgeschlossen sein kann. 7 151.

§ 163. Die fahrlässige Begehung eines Falscheides kann darin liegen, daß der Täter infolge von Trunkenheit an der zuverlässigen Wahrnehmung eines Vorganges behindert gewesen ist, trotzdem aber unter Eid objektiv Unwahres mit Bestimmtheit als wahr hingestellt hat, während er sich seiner Betrunkenheit zur Zeit des Vorganges, über den er als Zeuge vernommen, bewußt war. 7 245.

§ 164. Die Anzeige wegen falscher Anschuldigung nach § 164 StGB. braucht nicht unmittelbar an eine Behörde, zumal die zuständige Behörde, gerichtet zu sein, sondern kann rechtswirksam auch durch einen Vermittler eingereicht werden.

Zum subjektiven Tatbestande der falschen Anschuldigung genügt schon das Bewußtsein des Täters, daß seine Mitteilung an die Behörde die Einleitung eines gerichtlichen oder disziplinären Verfahrens

zur Folge haben könne; die Absicht der Herbeiführung einer Strafverfolgung ist nicht notwendig.

Objektiv ist erforderlich, daß die falsche Anschuldigung in bezug auf eine bestimmte, einzelne Handlung erfolgt sei. Der technischen Bezeichnung der zur Last gelegten Tat bedarf es nicht; sie muß aber in einer Weise bezeichnet sein, daß ihr krimineller Charakter erkennbar ist.[1] 7 121.

§ 166. Eine Aeußerung, welche in einer lediglich von Vereinsmitgliedern besuchten und nur diesen zugänglichen Versammlung des Vereins gemacht wird, ist deshalb nicht notwendig eine nicht öffentliche. 9 106.[2]

§ 175. Das Vergehen kann auch in einseitigen Handlungen des Menschen am Körper des Tieres gefunden werden. 2 36.

§ 176 Ziff. 1. Die tätliche Beleidigung geht in dem Verbrechen der gewaltsamen Vornahme unzüchtiger Handlungen nicht auf, wenn für jede dieser beiden strafbaren Handlungen die subjektiven Tatbestandsmerkmale vorliegen. 8 244.[3]

§ 181 a. Der Begriff des „Lebensunterhalts" im Sinne des § 181 a StGB. beschränkt sich nicht auf das zum Leben Notwendige, vielmehr sind darunter auch die auf eine bessere und reichlichere Lebensführung über das unbedingt Nötige hinaus verwendeten Ausgaben zu verstehen.[4]

Von einem „Beziehen" des Lebensunterhalts kann nur dann die Rede sein, wenn es sich um ein auf eine gewisse Dauer berechnetes Verhältnis handelt. Ob die Prostituierte den Lebensunterhalt freiwillig dem Zuhälter gewährt oder ob sie dies auf Veranlassung getan hat, ist gleichgültig.[5]

Das Merkmal der „Ausbeutung" ist durch eine auf Gewinn gerichtete Absicht bedingt.[6]

Das Vorhandensein von Forderungen des Mannes gegen die Prostituierte schließt nur dann das Merkmal der Ausbeutung aus, wenn der Wille des Täters lediglich auf Verwirklichung eines ihm nach seiner Ueberzeugung zustehenden Forderungsrechts gerichtet war. 9 128.

§ 183. Eine Handlung ist „unzüchtig", wenn sie nach den obwaltenden Umständen das normale Scham- und Sittlichkeitsgefühl in geschlechtlicher Beziehung verletzt. Nicht erforderlich ist ein Entblößen des Körpers. Es genügt vielmehr unter Umständen schon eine auf geschlechtliche Sinnenlust abzielende, schamlose Entkleidung, ohne daß der nackte Körper zum Vorschein kommt.

In subjektiver Beziehung genügt ein vorsätzliches Handeln mit dem Bewußtsein, daß die Handlung geeignet ist, öffentlich ein Aergernis zu erregen. 3 117.

Eine Handlung ist „unzüchtig", wenn sie nach den obwaltenden Umständen das Scham- und Sittlichkeitsgefühl in geschlechtlicher Beziehung verletzt. Hierbei genügt schon eine auf geschlechtliche Sinnenlust abzielende Berührung eines Körperteils oder schamlose Aufdeckung eines solchen. Es wird auch nicht mehr erfordert, als ein vorsätzliches Handeln mit dem Bewußtsein, daß die Handlung geeignet ist, öffentlich ein Aergernis zu erregen. 7 211.

Zur Annahme der öffentlichen Begehung der Aergernis erregenden Tat genügt in objektiver Beziehung die Feststellung der tatsächlichen Möglichkeit, daß die Handlung seitens eines größeren individuell nicht bestimmten und nicht begrenzten, durch persönliche Beziehungen nicht zusammengehaltenen Personenkreises wahrgenommen werden konnte, in subjektiver Beziehung ein vorsätzliches Handeln mit dem Bewußtsein, daß die Handlung geeignet ist, öffentlich ein Aergernis zu erregen. 9 31.[1]

§ 185. Die Tatsache, daß in einem und demselben Schriftstücke mehrere beleidigende Aeußerungen enthalten sind, reicht zur Annahme mehrerer selbständiger strafbarer Handlungen (§ 74 StGB.) für sich allein nicht aus. 4 260.

Eine ausdrückliche Benennung oder Bezeichnung des Beleidigten ist nicht erforderlich, wohl aber muß ein ausreichend verständlicher Hinweis auf die gemeinte Person vorliegen. 4 260.

Eine körperliche Mißhandlung kann zugleich eine Beleidigung enthalten. Ob dieses der Fall ist, hängt beim Vorliegen der objektiven Voraussetzungen beider Tatbestände von der inneren Willensrichtung des Täters ab. 6 244.

Die Oeffentlichkeit des Ortes ist nicht entscheidend, um einer beleidigenden Kundgebung den Charakter einer öffentlich begangenen beizulegen; erforderlich ist vielmehr, daß sie im gegebenen Falle von einer unbestimmten Anzahl von Personen wahrgenommen werden konnte. Es kann daher unter Umständen auch in einer in einem militärischen Dienstgebäude befindlichen Kantine eine öffentliche Beleidigung begangen werden. 8 29.

Unter „Behaupten" von Tatsachen im Sinne des § 186 StGB. sind Kundgebungen zu verstehen, wodurch diese Tatsachen vom Täter einem anderen gegenüber als Gegenstand eigenen Wissens oder Ueberzeugtseins hingestellt werden.

In subjektiver Hinsicht erfordert jede Beleidigung das Bewußtsein des ehrkränkenden Charakters der beleidigenden Kundgebung und insonderheit die Beleidigung nach § 186 StGB. das Bewußtsein, daß die behaupteten Tatsachen geeignet sind, den Beleidigten verächtlich zu machen oder in der öffentlichen Meinung herabzuwürdigen. Eine ausdrückliche Feststellung dieses Bewußtseins ist nur dann unerläßlich, wenn es bestritten wird.[2]

Wenn das erkennende Gericht in der Aeußerung des Angeklagten eine Beleidigung in anderer Hinsicht als die Anklageverfügung findet, so darf die tatsächliche Feststellung sich nicht darauf beschränken, die Auffassung des Gerichts zum Ausdrucke zu bringen, sondern ist auch dahin zu treffen, daß der Angeklagte selbst seine Worte in diesem Sinne aufgefaßt wissen wollte oder doch sich bewußt war, daß sie so aufgefaßt werden könnten.

Daraus, daß ein Schriftstück im allgemeinen zur Wahrung berechtigter Interessen verfaßt ist, folgt noch nicht, daß alle darin enthaltenen Aeußerungen diesem Zwecke dienen. Es können vielmehr hierbei auch Aeußerungen unterlaufen, welche nur gelegentlich der Wahrnehmung berechtigter Interessen gemacht sind und deshalb den Schutz des § 193 StGB. nicht genießen. 8 5.

Die nach § 200 StGB. auszusprechende Publikationsbefugnis ist neben der Genugtuung für den Beleidigten auch Strafe für den Beleidiger.

Es darf auf sie nicht erkannt werden bei Idealkonkurrenz von Beleidigung mit einem anderen mit strengerer Strafe bedrohten Vergehen. 8 300.

Der subjektive Tatbestand der Beleidigung erfordert nicht das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit, wohl aber das Bewußtsein des ehrverletzenden Charakters der beleidigenden Kundgebung. 9 170.[3]

Berechtigtes Interesse ist in Fällen, in welchen es sich um andere als die eigenen Angelegenheiten des Täters handelt, nur gegeben, wenn sich die Berechtigung auf eine ihn nahe angehende Sache bezieht.

[1]) Abs. 2 in Uebereinstimmung mit RGSt. 5 229, 8 162, 21 101.
[2]) Vgl. a. RGSt. 21 254.
[3]) In Uebereinstimmung mit RGSt. 24 201.
[4]) Vgl. a. RGSt. 3 3. 03, JW. S. 321.
[5]) Vgl. RGSt 15. 12. 02 und 3. 3. 03, JW. S. 211 und 321.
[6]) In Uebereinstimmung mit RGSt. 34 74.

[1]) Bezüglich des Begriffsmerkmals der Oeffentlichkeit vgl. RGSt. 16 345.
[2]) Uebereinstimmend mit bay. ObLG. 4 396.
[3]) Siehe a. oben 8 5.



Zur Anwendbarkeit des § 193 StGB genügt das bloße Vorhandensein eines berechtigten Interesses nicht, sondern wird erfordert, daß die beleidigende Aeußerung zum Zwecke der Wahrnehmung dieses Interesses gemacht ist. 9 247.

§ 186. Eine beleidigende Absicht ist auch für den Tatbestand der üblen Nachrede nicht erforderlich; es genügt das Bewußtsein, daß die behaupteten Tatsachen ehrenkränkend sind. 1 155.[1])

Der Beweis der Wahrheit einer im Sinne des § 186 StGB. beleidigenden Tatsache braucht nicht in allen Einzelheiten und Nebenpunkten geführt zu sein. Es genügt, wenn die behauptete Tatsache ihrem wesentlichen Inhalte nach erwiesen ist. 4 260.

Unter „Verbreitung" im Sinne des § 186 StGB. ist nicht nur eine Mitteilung an weitere Kreise zu verstehen, sondern jede Mitteilung an einen anderen, mithin sogar eine streng vertrauliche Mitteilung. 7 72.[2])

Der Zweck, zu dem eine üble Nachrede getan wird, ist für die Beurteilung der Frage gleichgültig, ob die behauptete Tatsache den Tatbestand der § 186, 187 StGB. erfülle. Wohl aber kann der festgestellte Zweck geeignet sein, einen Rückschluß auf die Willensrichtung des Täters zu gewähren. 7 170.

Die Verbreitung eines ehrverletzenden Gerüchts schließt die Verbreitung der den Inhalt des Gerüchts bildenden Tatsachen in sich. Die Beleidigung ist mit der Kundgebung der ehrkränkenden Aeußerung vollendet; diejenigen, welche hinterher gleiche oder entsprechende Aeußerungen Dritten gegenüber tun, begehen neue selbständige Beleidigungen. 9 52.

§ 186 StGB. enthält einen besonderen, aus dem allgemeinen Begriffe der Beleidigung ausgeschiedenen Tatbestand. Unter § 185 StGB. fallen nur solche beleidigende Kundgebungen, die entweder nicht in der Behauptung oder Verbreitung einer Tatsache im Sinne des § 186 a. a. O. bestehen oder zur Kenntnis eines anderen als des Beteiligten nicht gekommen sind.

Tatsachen im Sinne des § 186 a. a. O. sind auch solche Urteile und Meinungsäußerungen, welche die Behauptung eines konkreten Vorganges, insbesondere einer bestimmten Handlung des Verletzten enthalten.[3])

Der § 193 StGB. kommt auch demjenigen zustatten, der infolge tatsächlichen Irrtums seine Voraussetzungen als gegeben annimmt. 9 70.

§ 187. Der Begriff „Tatsache" im Sinne des § 187 StGB. deckt sich im allgemeinen mit dem Begriffe „Handlung" im § 164 a. a. O. und umfaßt die in die äußere Erscheinung tretenden Ereignisse wie die im Inneren des Menschen sich vollziehenden Vorgänge, bloße Urteile und Meinungen aber nur dann, wenn sie zu konkreten, bestimmten Handlungen in Beziehung gesetzt sind. 7 121.[4])

§ 193. Unter „Vorhandensein einer Beleidigung" (§ 193 StGB.) ist die auf Beleidigung gerichtete Absicht zu verstehen. Wird eine Anzeige erstattet zum Zwecke der Wahrnehmung eines berechtigten Interesses, so ist es ohne Bedeutung, aus welchem Beweggrunde dies geschieht. 1 174.[5])

Ein berechtigtes Interesse liegt vor, wenn das Interesse sich bei billiger verständiger Beurteilung der konkreten Sachlage als gerechtfertigt darstellt. Die Verletzung fremder Ehre muß als ein durch die Umstände gebotenes Mittel zur Wahrnehmung des berechtigten Interesses erscheinen. 4 279.

Die Voraussetzungen des § 193 StGB. sind nicht lediglich tatsächlicher, sondern auch rechtlicher Natur und unterliegen deshalb der Nachprüfung des Revisionsgerichts. 4 280.

Bezweckt ein Schriftstück auch im allgemeinen die Wahrnehmung eines berechtigten Interesses, so ist doch noch zu prüfen, ob die einzelnen darin enthaltenen Aeußerungen diesen Zweck verfolgen oder ob sie nur bei Gelegenheit der Wahrnehmung eines berechtigten Interesses getan sind. In letzterem Fall ist ihnen der Schutz des § 193 StGB. versagt. 4 280.

Ein berechtigtes Interesse im Sinne des § 193 StGB. liegt dann vor, wenn es sich um eine den Täter nahe angehende Sache handelt. Ob dieses der Fall, ist nicht nach objektiven Rechtsnormen, sondern auf Grund der konkreten Sachlage nach billigem, die Anschauungen und Forderungen des praktischen Lebens in verständiger Weise berücksichtigenden Ermessen seitens des Richters zu entscheiden. Das Vorhandensein eines berechtigten Interesses ist grundsätzlich dann zu verneinen, wenn das Interesse, für welches der Täter eintritt, dem Rechte oder den guten Sitten zuwiderläuft oder den Täter selbst überhaupt in keiner Weise berührt. 6 155.

§ 196. Unter den Begriff des „Berufes eines Mitgliedes der bewaffneten Macht" im Sinne des § 196 StGB. fällt auch die Erfüllung der allgemeinen Wehrpflicht. 7 70.[1])

§ 204. Das Aufgeben des Zweikampfes infolge Ablehnung der Herausforderung ist kein freiwilliges. 1 256.[2])

§ 209. Straflosigkeit des Kartellträgers tritt nach § 209 StGB. nur dann ein, wenn er nach Ausrichtung der Herausforderung ernstlich bemüht gewesen ist, den Zweikampf zu verhindern. Lehnt der Geforderte die Herausforderung von vornherein ab, so ist die Anwendung des § 209 StGB. ausgeschlossen. 1 22.[3])

§ 211. Durch eine gewisse Aufregung, in welcher sich der Mörder bei Ausführung der Tat befindet, wird das Vorhandensein der Ueberlegung nicht ausgeschlossen. 5 270.

§ 223. Das Wesen der Fahrlässigkeit in strafrechtlichem Sinne besteht darin, daß durch Nichtanwendung der nach den gegebenen Umständen gebotenen Sorgfalt und Umsicht von dem Handelnden ein vom Rechte mißbilligter Erfolg seines Handelns herbeigeführt wird.

Die Vorhersehbarkeit eines schädlichen Erfolges ist nicht nach objektivem, sondern nach individuellem Maßstabe zu prüfen. 5 15.

Ob bei dem Vorliegen mehrerer Tätigkeitsakte die gesamte Tätigkeit des Angeklagten in einem solchen Zusammenhange steht, daß die verschiedenen Handlungen sich nur als die Ausflüsse eines einheitlichen, die ganze fortgesetzte Tätigkeit beherrschenden Vorsatzes und deshalb rechtlich als eine einheitliche Handlung darstellen, ist wesentlich Tatfrage. 6 126.

Ein Deutscher, welcher im Großherzogtum Luxemburg eine sog. gefährliche Körperverletzung im Sinne der §§ 223, 223a StGB. verübt hat, ist in Gemäßheit des § 4 Ziff. 3 StGB. nach den Strafgesetzen des deutschen Reichs strafbar, da eine solche Tat durch das Luxemburgische Strafgesetz vom 18. Juli 1879 Art. 398 mit Strafe bedroht ist und für die Strafbarkeit einer solchen Körperverletzung auch nach Luxemburgischen Strafgesetz ein Strafantrag des Verletzten nicht erforderlich ist. Auch die Ueberschreitung der Notwehr ist nach Luxemburgischen Strafgesetze strafbar (vgl. Art. 416 des obenbezeichneten Strafgesetzes). 6 223.

---

1) Vgl. RGSt. 25 355.
2) Vgl. RGSt. 30 224 und 31 63.
3) Zum Unterschiede zwischen § 185 u. 186 vgl. a. bay. ObLG. 4 313 und RGSt. 29 40.
4) Vgl. a. RGSt. 29 54.
5) Vgl. hierzu auch die Entsch. des RG. auf S. 85 dieses Jahrgangs der Zeitschrift.

1) In Uebereinstimmung mit RGRspr. 7 535 u. RGSt. 12 49, sowie OLG München St. 1 443.
2) Vgl. auch RGSt. 4 113.
3) Vgl. auch RGSt. 22 218.



Körperliche Mißhandlung im Sinne des § 223 StGB. ist jede rechtswidrige Einwirkung auf den Körper eines andern von nicht ganz unerheblicher Art.

Daß diese Einwirkung als eine Schmerzempfindung zum Bewußtsein des Gemißhandelten gelangt, ist nicht erforderlich. 6 230.

Der Begriff der körperlichen Mißhandlung verlangt keine Störung des körperlichen Wohlbefindens des Betroffenen. 6 243.[1])

§ 223 a. Wird eine Körperverletzung, welche „unter Mißbrauch der Waffe" verübt ist, aus § 223 a StGB. bestraft, dann kann wegen des Umstandes, daß die Körperverletzung mittelst einer Waffe begangen ist, eine Erhöhung der Strafe aus § 55 Ziff. 2 MStGB. nicht eintreten. 3 137.

Ein „Werkzeug" im Sinne des § 223 a StGB. ist nicht ein Teil des menschlichen Körpers, sondern immer nur ein Gegenstand außerhalb des menschlichen Körpers, der durch die menschliche Körperkraft in Bewegung gesetzt wird. 4 153.

Für die Frage, was unter einem gefährlichen Werkzeug im Sinne des § 223 a StGB. zu verstehen, ist nicht nur die objektive Beschaffenheit, sondern auch die Art der Benutzung des Werkzeugs im einzelnen Falle von Bedeutung, insofern es nach beiden Richtungen geeignet sein muß, erheblichere Körperverletzungen zuzufügen.

Ob im einzelnen Fall ein Werkzeug als ein gefährliches in diesem Sinne zu betrachten ist, unterliegt der tatsächlichen Beurteilung des Berufungsrichters.

In subjektiver Hinsicht ist erforderlich, daß die Tat, so wie sie sich nach der Feststellung objektiv gestaltete, im Willen des Täters gelegen hat, mithin außer dem Vorsatze, wie er zum Tatbestande der leichten Körperverletzung (§ 223 StGB.) gehört, das Bewußtsein des Täters von der objektiven Beschaffenheit seiner Handlung und des Werkzeugs.

Auch der Eventualdolus verlangt, daß der durch die Handlung des Täters herbeigeführte Erfolg auf seinem Willen beruht. 5 41.

Zum Begriffe der Gemeinschaftlichkeit genügt die Tatsache, daß jeder der Beteiligten zur Begehung der gemeinschaftlich gewollten einheitlichen Tat in irgend einer Weise tätig mitgewirkt hat. Jeder der Täter ist hierdurch, ohne daß das Maß seiner Tätigkeit für den Begriff von Bedeutung wäre, für den im ganzen eingetretenen, dem gemeinsamen Willen entsprechenden Erfolg strafrechtlich verantwortlich. 5 153.

Das Tatbestandsmerkmal „mittels einer das Leben gefährdenden Behandlung" erfordert objektiv, daß diese nach den konkreten Umständen geeignet ist, eine Lebensgefahr herbeizuführen, subjektiv, daß der Täter sich dieser Umstände bediente, damit sie bei Zufügung der Körperverletzung mitwirkend werden. Ein Bewußtsein des Täters von der Lebensgefährdung wird vom Gesetze nicht verlangt. 8 174.[2])

§ 230 Abs. 2. Der Soldat, der die ihm obliegende gesetzliche Dienstpflicht erfüllt, übt keinen „Beruf" im Sinne des § 230 Abs. 2 StGB. aus. 2 244.[3])

§ 231. Auch im militärgerichtlichen Verfahren kann auf eine Buße erkannt werden. 1 14.

Der Antrag auf Zuerkennung einer Buße bedarf einer besonderen Förmlichkeit nicht. 1 14.

§ 241. Der Tatbestand der Bedrohung erfordert Ernstlichkeit der Drohung, nicht aber die Absicht ihrer Verwirklichung. 1 194.

In subjektiver Beziehung genügt bei der Bedrohung der Wille des Täters, in dem Bedrohten Furcht vor der Verwirklichung der Drohung hervorzurufen. 1 216.

§ 242. Der Inhaber einer Sache behält den Gewahrsam, solange er das physische Vermögen hat, selbst oder durch andere die tatsächliche Herrschaft über die Sache auszuüben — und zwar auch dann, wenn er keine Kenntnis davon hat, daß sich die Sache noch in demselben Raume befindet, wo er sie zurückgelassen hat. 1 267.

Der Diebstahl setzt voraus, daß die Sache zur Zeit der Wegnahme im Eigentum und im Gewahrsam eines anderen steht. Eigentümer und Gewahrsamsinhaber brauchen nicht dieselben Personen zu sein. 2 96.

Der Gewahrsam besteht lediglich in der physischen Möglichkeit, über die Sache mit Ausschluß anderer zu verfügen. Den Gewahrsam einer Sache kann daher stets nur eine physische Person, niemals ein Truppenteil haben. 2 96.

Ob die Sache im Eigentum eines anderen steht, ist lediglich nach dem zurzeit und am Orte der Tat geltenden bürgerlichen Rechte zu beurteilen. 2 96.

An fremden Orten liegengelassene Gegenstände befinden sich noch im Gewahrsam des Eigentümers, wenn der Verbleib noch nicht aus dessen Gedächtnis entschwunden ist und auch keine äußeren Hindernisse der Wiedererlangung vorliegen. 2 278.

Der Diebstahl setzt voraus, daß die fremde Sache zur Zeit der Wegnahme durch den Täter sich in dem Gewahrsam eines anderen befindet. Unkenntnis dieser Tatsache kann dem Täter nicht zugerechnet werden. 3 270.

Die Wegnahme aus dem Gewahrsam des anderen muß von vornherein in der Absicht rechtwidriger Zueignung erfolgen. Tritt diese Absicht erst ein, wenn der Täter sich bereits in dem Gewahrsam der Sache befindet, so kann in der rechtswidrigen Zueignung nur eine Unterschlagung liegen. 3 270.

Der Zueignungswille erfordert in negativer Beziehung die Absicht, den Berechtigten von der Sache auszuschließen, ihm Besitz und Gebrauch zu entziehen, und ferner in positiver Beziehung die Absicht, die Sache ihrer Substanz nach in das eigene Vermögen zu bringen, über sie wirtschaftlich zu verfügen. 3 284.

Für das Vorliegen eines Diebstahls ist es unwesentlich, ob die durch die „Wegnahme" erlangte Herrschaft über die fremde Sache gesichert ist oder nicht. 5 207.

Die zivilrechtlichen Bestimmungen sind für den Begriff Eigentum, nicht auch für den Begriff Gewahrsam maßgebend.[1])

Die Kompagnie- ꝛc. Bestände sind Eigentum des Militärfiskus; der Kompagnie- ꝛc. Chef hat nur den Gewahrsam an ihnen.

Absicht der Zueignung einer Sache ist nur gegeben, wenn die Wegnahme erfolgt in der Absicht, die Sache ihrer Substanz nach in das eigene Vermögen zu bringen und den eigenen Zwecken dienstbar zu machen.

Werden Futtermittel wider den Willen des Eigentümers weggenommen, lediglich um dessen Vieh damit zu füttern, so ist diese Absicht ausgeschlossen 8 146.[4])

Gibt der Täter die Ausführung des von ihm beabsichtigten Diebstahls lediglich deshalb auf, weil er Sachen einer bestimmten Art, welche er entwenden wollte, nicht vorfindet, so greift die Bestimmung des § 46 Ziff. 1 StGB. nicht Platz. 8 195.

[1]) Vgl. RGSt. 29 58.
[2]) In Uebereinstimmung mit RGSt. 10 101, 17 279, OLG. München St. 8 194
[3]) Siehe auch 8 199.

[1]) Vgl. die Entscheidung des RG. auf S. 110 dieses Jahrgangs der Zeitschrift.
[4]) Vgl. diese Zeitschrift 1. Jahrg. S. 258.

Die Fortsetzung wird in weiteren Sonderbeilagen später erscheinen.

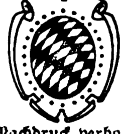
Eigentum von J. Schweitzer Verlag (Arthur Sellier) in München.
Druck von Dr. Franz Paul Datterer & Cie., G. m. b. H., Freising.

Nr. 11. München, den 1. Juni 1907. 3. Jahrg.

Zeitschrift für Rechtspflege in Bayern

Herausgegeben von
Th. von der Pfordten
K. Landgerichtsrat, verw. im K. Bayer. Staatsministerium der Justiz.

Verlag von
J. Schweitzer Verlag
(Arthur Sellier)
in München, Lenbachplatz 1.



Die Zeitschrift erscheint am 1. und 15. jeden Monats im Umfange von mindestens 2 Bogen. Preis vierteljährlich Mk. 3.—. Bestellungen übernimmt jede Buchhandlung und Postanstalt (Postzeitungsliste für Bayern Nr. 974a).

Redaktion und Expedition: München, Lenbachplatz 1. Insertionsgebühr 30 Pfg. für die halbgespaltene Petitzeile oder deren Raum. Bei Wiederholungen Rabatt. Stellenanzeigen 20 Pfg. Beilagen nach Uebereinkunft.

Die Verordnung vom 3. Juli 1868 über die Schau- und Vorstellungen.

Von **Dr. Georg Schmidt**, Regierungsassessor im Staatsministerium des K. Hauses und des Aeußern.

Das bayerische Recht weist eine Anzahl von Vorschriften auf, deren Bestand durch die Reichsgesetzgebung zum Teil zweifelhaft geworden ist, weshalb sie immer wieder Gegenstand richterlicher, besonders oberstrichterlicher Entscheidungen sind. Dazu gehören die Art. 32 u. 33 des PolStGB. in Verbindung mit der K. Allerh. VO. vom 3. Juli 1868, die Schau- und Vorstellungen betr. (RegBl. S. 1161).

Diese Verordnung, welche nur für das rechtsrheinische Bayern erlassen ist (vgl. Urt. d. ObLG. vom 30. Oktober 1906 im MABl. 1907 S. 28 ff. Nr. III Ziff. 2), gründet sich auf Art. 16 Abs. 1 des GewG. vom 30. Januar 1868 (GBl. 1866/69 S. 309) und Art. 63, 64, 77 des PolStGB. vom 10. November 1861 (GBl. 1861/62 Beil. II zu Nr. 24). An Stelle der letzteren Bestimmungen traten die Art. 32, 33, 150 des jetzigen PolStGB.; von diesen ist Art. 150 wieder aufgehoben durch die §§ 60c und 62 der GewO. Statt des Art. 16 des GewG. sind nunmehr einschlägig die §§ 32, 33a und b, 55 Ziff. 4, 60 Abs. 2, 60a und d der GewO.

Im folgenden soll uns die Frage beschäftigen, wie weit die Verordnung über Schau- und Vorstellungen gegenüber jenen Bestimmungen der Reichsgewerbeordnung noch gilt.

§ 1 der Gewerbeordnung verkündet bekanntlich die sog. Gewerbefreiheit. Dieser Grundsatz bezieht sich indes nur auf die Zulassung zum Gewerbebetrieb und ist in § 1 selbst abgeschwächt durch den Vorbehalt „soweit nicht durch dieses Gesetz Ausnahmen oder Beschränkungen vorgeschrieben oder zugelassen sind". Weiterhin gilt der Grundsatz der Gewerbefreiheit nicht hinsichtlich der Art der Ausübung eines Gewerbes (Landmann, GewO. Bd. I § 1 Anm. 2: 4. Aufl. S. 47 unter II, 5. Aufl. S. 58 unter k), d. h. es können in dieser Beziehung den Gewerbetreibenden polizeiliche Beschränkungen durch Reichs- oder Landesgesetze auferlegt werden.

Wie weit solche Beschränkungen in der hier zur Erörterung gestellten Frage gehen dürfen, darüber besteht in der Rechtsprechung keine Uebereinstimmung.

Nach der Auffassung des Kammergerichts und des Oberverwaltungsgerichts in Berlin sowie des preußischen Ministeriums des Innern kann für Musikaufführungen u. dgl., bei denen ein höheres Kunstinteresse nicht obwaltet, das Einholen einer polizeilichen Erlaubnis nicht gefordert werden, vielmehr ist nur die Vorschrift einer Anzeige an die Polizeibehörde zulässig; auch können lediglich polizeiliche Beschränkungen hinsichtlich der Dauer ꝛc. der Vorstellungen auferlegt werden (vgl. Regers Entsch. Bd. IX S. 10, 1. Erg.-Bd. S. 1; Bd. X S. 168; Bd. V S. 411, Bd. X S. 140). Demgegenüber haben die bayerischen obersten Gerichte und ebenso das Oberlandesgericht Kolmar (Reger Bd. XVII S. 372) erklärt, daß landesrechtliche polizeiliche Beschränkungen, welche die Art der Ausübung des Gewerbes betreffen, mit den Bestimmungen der Gewerbeordnung nicht im Widerspruch stehen. Die Rechtsprechung der bayerischen obersten Gerichte hat aber im Laufe der Zeit eine Wendung genommen. Das Oberlandesgericht München hatte wiederholt entschieden, daß die §§ 4, 7, 8 der Verordnung über die Veranstaltung von Schau- und Vorstellungen noch gültig seien und daher z. B. für Musikaufführungen in Wirtschaften gegen Bezahlung die Erlaubnis der Orts- und Distriktspolizeibehörde einzuholen sei (vgl. MABl. d. Innern 1885 S. 185, Reger Bd. VI S. 5, Bd. XI S. 134; EntschSlg. Bd. VI S. 429; Reger Bd. XV S. 11). Das oberste Landesgericht hat dann in einem Urteil vom 21. September 1901 (Reger Bd. XXI S. 376) ausgesprochen, daß jedenfalls § 8 Abs. 2 jener Verordnung, der die Einholung der ortspolizeilichen Erlaubnis vorschreibt, noch zu Recht besteht, und in den jüngsten Entscheidungen (Slg. Bd. IV S. 55 u. Bd. V S. 119, Reger Bd. XXIV S. 425 u. Erg.-Bd. III

S. 389) stellt es sich auf den Standpunkt, daß dem § 4 keine Gültigkeit mehr zukomme, somit die Erlaubnis der Distriktspolizeibehörde zu Musikaufführungen u. dgl. nicht mehr erforderlich sei.

Letztere Auffassung wird auch in der Praxis der Verwaltungsbehörden geteilt und ist bereits in § 28 Abs. 3 der Entschl. des Ministeriums des Innern vom 7. Februar 1898 (MABl. S. 122) zum Ausdruck gebracht.

Prüft man von diesem Gesichtspunkt aus die Bestimmungen der Verordnung vom 3. Juli 1868 auf ihre Gültigkeit, so kommt man zu folgenden Ergebnissen:

Nach **§ 1** „kann die Veranstaltung von Schau- und Vorstellungen, bei welchen ein höheres wissenschaftliches oder ein Kunst-Interesse obwaltet und welche eigens dazu eingerichtete Lokale in größeren Städten bedingt, von den Ortspolizeibehörden bewilligt werden". Soweit es sich hier um gewerbsmäßige Veranstaltungen handelt, bedürfen Schauspielunternehmer nach § 32 GewO. mit § 11 der VollzugsVO. vom 29. März 1892 (GVBl. S. 61) der Erlaubnis der Distriktspolizeibehörde. Mit dieser Bestimmung steht die Vorschrift über die Einholung einer besonderen ortspolizeilichen Bewilligung nicht im Widerspruch. Man kann allerdings einwenden, daß die distriktspolizeiliche Erlaubnis die ortspolizeiliche ersetze. Allein auch die Gewerbeordnung kennt beide nebeneinander (vgl. §§ 33 b, 60 a). Vorliegenden Falls darf sich die ortspolizeiliche Bewilligung selbstverständlich nur auf die Art der Ausübung des Unternehmens (bau-, feuer-, verkehrs-, sicherheitspolizeiliche Beschränkungen) erstrecken. Für gewerbsmäßige Veranstaltungen, die nicht unter die Schauspielunternehmungen im Sinne des § 32 GewO., wohl aber unter die Schau- und Vorstellungen im Sinne des § 1 der Verordnung fallen, z. B. Schaustellungen von Personen und Sachen, Musikaufführungen, gilt zwar letztere Bestimmung, im übrigen genießen sie jedoch Gewerbefreiheit (vgl. hierher Landmann § 33 a Anm. 1 Abs. 2, Anm. 2 Abs. 2, Anm. 4 letzter Abs.: 4. Aufl. S. 278 f., 281; 5. Aufl. S. 306 f., 310).

Nichtgewerbsmäßige Unternehmungen aller Arten von Schau- und Vorstellungen unterliegen, wie hier gleich bemerkt sein mag, den Vorschriften der Allerhöchsten Verordnung in Verbindung mit Art. 32 u. 33 PolStGB. im vollen Umfang; auf sie findet selbstverständlich die Gewerbeordnung überhaupt keine Anwendung (vgl. Landmann § 33 a Anm. 2 Abs. 2 a. a. O.).

§ 2 der Verordnung betrifft die Abhaltung von musikalischen Vorträgen in Wirtschaften durch hierzu berechtigte Musikgesellschaften und insbesondere die Anerkennung solcher Gesellschaften. Diese Bestimmung kann ebensowenig wie der damit zusammenhängende Abs. 3 in § 5 u. Abs. 2 in § 7 als zu recht bestehend erachtet werden, da die Erteilung einer „Berechtigung" gleichbedeutend mit der Zulassung zum Gewerbebetrieb ist, nach der Gewerbeordnung aber für Musikaufführungen Gewerbefreiheit besteht (Landmann § 33 a Anm. 3, Anm. 7 Abs. 4: 4. Aufl. S. 280, 283; 5. Aufl. S. 307, 312). Damit sind auch die Bestimmungen in Abs. 6 u. 8 des § 2 über die Teilnahme von Feiertagsschülern an Musikgesellschaften[1]) und über die Militärmusiken gegenstandslos geworden. Das Oberlandesgericht München hat in der Entsch. Bd. VI S. 429/432 wohl mit Unrecht die fortdauernde Gültigkeit des § 2 angenommen. In der Praxis der Verwaltungsbehörden wird denn auch diese Bestimmung keine Anwendung mehr finden.

Mit § 2 ist Art. 33 Abs. 3 PolStGB. („Die Abhaltung musikalischer Vorträge in Wirtschaftslokalitäten durch hierzu berechtigte Musikgesellschaften ist an eine polizeiliche Bewilligung nicht gebunden") durch die Bestimmungen der Gewerbeordnung ersetzt (vgl. Reger-Dames, PolStGB. 3. Aufl. S. 223 Art. 33 Anm. zu Abs. 3; v. Sutner, PolStGB. 7. Aufl. S. 138 Art. 33 Anm. 5).

§ 3 der Allerh. VO. bestimmt im Abs. 1, daß die Genehmigung zur Abhaltung von Passionsvorstellungen vom Staatsministerium des Innern erfolgt. Die Verwaltungsbehörden in Bayern wie auch in Preußen und Baden erklären Vorschriften dieses Inhalts für zu recht bestehend (vgl. Landmann § 32 Anm. 2 und 3: 4. Aufl. S. 236 Abs. 6 und 240 vorletzter Abs.; 5. Aufl. S. 260 Abs. 3, 264 Abs. 2 und 265 Abs. 1; dann Entschl. des Ministeriums des Innern vom 2. Januar 1902, MABl. S. 31).

Abs. 2 in § 3 (Regierungsgenehmigung für Unternehmer von öffentlichen Theatervorstellungen, Bauerntheatern, Sing- und Spielhallen, cafés chantants, dann Erlaubnis für Unternehmer dieser Art an umherziehende Schauspieler) ist durch die §§ 32, 33 a und b, 55 Ziff. 4 GewO. ersetzt. Abs. 3 dagegen (nicht gewerbsmäßige Dilettantenvorstellungen) gilt noch im vollen Umfang.

In **§ 4** gilt nach den oben erwähnten Urteilen des obersten Landesgerichts nur noch die Aufzählung der verschiedenen Arten von Schau- und Vorstellungen, nicht mehr der Hauptinhalt, daß die Veranstalter solcher Unternehmungen eines polizeilichen Erlaubnisscheines bedürfen. Damit sind auch die §§ 5—7, dann § 8 Abs. 1 gegenstandslos geworden.

Zur Veranstaltung von Feuerwerken (vgl. auch § 5 Abs. 2) ist nach § 367 Ziff. 8 StGB.

[1]) Hinsichtlich der Feiertagsschüler ist übrigens Art. 56 Abs. 2 u. 58 PolStGB. mit §§ 1, 2, 8 der Allerh. VO. vom 4. Juni 1903 (GVBl. S. 359) zu beachten. Das Kinderschutzgesetz schlägt hier nicht ein, da es sich weder auf die im Alter der Feiertagsschulpflichtigen befindlichen Kinder noch auf Musikaufführungen überhaupt bezieht (vgl. Landmann 4. Aufl. Bd. II S. 806 Anm. 2 zu § 2, S. 816 Anm. 2 Abs. 2 zu § 6; Rohmer, Kinderschutzgesetz S. 18 f., 39 a. gl. O.).

und § 8 der Allerh. VO. vom 4. Januar 1872 (RegBl. S. 25) distriktspolizeiliche Erlaubnis erforderlich, neben der mit Rücksicht auf § 8 Abs. 2 unserer VO. ortspolizeiliche Erlaubnis zu erholen ist. Für „einzeln herumziehende Musikanten ꝛc." (§ 5 Abs. 4) gelten nunmehr §§ 55 ff. der GewO

Die §§ 9—12 endlich sind entweder durch die Gewerbeordnung ersetzt oder können hier — wie § 11, der auf das Gebührengesetz und Art. 19 Abs. 1 Ziff. 4 des ArmG. hinweisen will — sachlich außer Betracht gelassen werden.

Nach vorstehenden Ausführungen werden von der Allerh. VO. vom 3. Juli 1868 nur noch die folgenden Bestimmungen fortdauernde Gültigkeit beanspruchen können:

§ 1.

Die Veranstaltung von Schau- und Vorstellungen, bei welchen ein höheres wissenschaftliches oder ein Kunstinteresse obwaltet und eigens dazu eingerichtete Lokale in größeren Städten bedingt, kann von den Ortspolizeibehörden bewilligt werden.

§ 3.

(Abs. 1). Die Genehmigung zur Abhaltung von Passionsvorstellungen erfolgt vom Staatsministerium des Innern.

(Abs. 3). Die Bewilligung zur Veranstaltung öffentlicher theatralischer Vorstellungen zu wohltätigen oder sonst gemeinnützigen Zwecken durch Dilettanten wird der Ortspolizei vorbehalten.

§ 4 mit § 8.

(§ 4). Wer außer den vorstehend bezeichneten Fällen Schau- und Vorstellungen veranstalten, insbesondere in Wirtschaftslokalitäten oder an anderen öffentlichen Orten gegen Bezahlung Musikstücke oder Gesänge, ferner Deklamationen, Marionettenspiele, Taschenspielerkünste oder ähnliche Kunstfertigkeiten aufführen, sich mit der Veranstaltung von Feuerwerken oder mit Vorstellungen aus dem Gebiete der Kunstreiterei, Gymnastik oder ähnlicher Kunstfertigkeiten befassen, oder Menagerien, Wachsfiguren-Kabinette, Sammlungen von Kunst- oder Naturmerkwürdigkeiten, Panoramen, Karusselle oder ähnliche Vorrichtungen aufstellen und dafür Eintrittsgeld erheben will,

(aus § 8 Abs. 2) hat in den einzelnen Orten, in welchen (er) seine Gewerbe ausüben will, die besondere Erlaubnis der Ortspolizeibehörde nachzusuchen. Diese kann unter Umständen von weiteren Bedingungen abhängig gemacht werden, die in örtlichen Verhältnissen oder wie z. B. bei Feuerwerken in feuerpolizeilichen Rücksichten begründet sind.

Einige Streitfragen über § 739 ZPO.

Von Amtsrichter **G. Kraus** in München.

Obwohl der Wortlaut des § 739 ZPO. ganz klar ist, bietet doch seine Anwendung in der Praxis eine Reihe von Schwierigkeiten, welche zu einer verschiedenen Auslegung dieser Bestimmung geführt hat. Es sollen hier nur einige der am häufigsten vorkommenden Streitfragen besprochen werden.

1. Begründung der Klage. Es besteht vielfach die Uebung, bei Klagen gegen eine Ehefrau einfach in dem Klagantrag die Verurteilung des Ehemanns zur Duldung der Zwangsvollstreckung in das eingebrachte Gut der Ehefrau zu verlangen, ohne daß in der Begründung auch nur angegeben wird, in welchem Güterstande die Eheleute leben. Das wird von einem Teil der Gerichte für genügend gehalten, von einem anderen Teil beanstandet. Die erste Anschauung wird damit begründet, daß man ohne weiteres annehmen könne, es liege der gesetzliche Güterstand der Verwaltung und Nutznießung vor. Diese Ansicht scheint nicht richtig zu sein. Nach § 253 Abs. II Ziff. 2 ZPO. muß der Schriftsatz, durch dessen Zustellung die Erhebung der Klage erfolgt, die bestimmte Angabe des Gegenstandes und des Grundes des erhobenen Anspruchs sowie einen bestimmten Antrag enthalten. Im gegebenen Fall enthält aber die Klage in der Richtung gegen den Ehemann nur den Antrag, nicht aber den Grund des Anspruchs, wenn sich auch dessen Gegenstand aus dem Antrag ergänzen läßt. Einer der Gründe des Anspruchs auf Duldung der Zwangsvollstreckung kann allerdings der sein, daß die Eheleute im gesetzlichen Güterstand leben. Dieser Grund muß aber in der Klage angegeben werden. Von dem Erfordernis der Ziff. 2 Abs. II des § 253 ZPO. darf deshalb nicht Umgang genommen werden, weil die den Klagantrag begründende Tatsache dem gesetzlichen Regelfall entspricht. Der letztere Umstand hat nur Einfluß auf die Beweislast. Bestreitet der Beklagte, daß er mit der Mitbeklagten im gesetzlichen Güterstand lebt, so hat er zu beweisen, daß ein anderer Güterstand vereinbart wurde. Wenn aber in der Klage nicht behauptet ist, daß die Beklagten im gesetzlichen Güterstand leben, kann dies auch nicht vom Gericht berücksichtigt werden. Es fehlt an der notwendigen Begründung der Klage. Uebrigens genügt es in den Fällen, in welchen die Verpflichtung der Ehefrau aus einem nach Eingehung der Ehe abgeschlossenen Rechtsgeschäft hergeleitet wird, zur Begründung der Klage auf Duldung der Zwangsvollstreckung nicht, daß die Beklagte mit ihrem Ehemann im gesetzlichen Güterstand lebt, sondern es muß noch hinzukommen, daß der Ehemann zur Vornahme des Rechtsgeschäfts seine Einwilligung gegeben hat. (§§ 1399, 1412 BGB.). Ebenso verhält es sich auch bei dem Güterstand der Errungen-

schaftsgemeinschaft und der Fahrnisgemeinschaft (§§ 1525 Abs. II, 1550 Abs. II BGB.).

Zu einer vollständigen Begründung der Klage in der Richtung gegen den Ehemann, welcher zur Duldung der Zwangsvollstreckung verurteilt werden soll, gehört daher die Behauptung, daß die Eheleute in einem der in § 739 ZPO. aufgeführten Güterstände leben und daß die Verpflichtung der Ehefrau, auf Grund deren gegen sie geklagt wird, mit Genehmigung des Ehemannes eingegangen wurde, oder daß Umstände voliegen, aus denen folgt, daß es in dem betreffenden Fall der Genehmigung des Ehemannes nicht bedurfte; z. B. weil es sich um eine voreheliche Schuld handelt oder die Voraussetzungen des § 1401 BGB. vorhanden sind.

2. **Ist die Verurteilung des Ehemannes zur Duldung der Zwangsvollstreckung auch notwendig, wenn er in gesamtverbindlicher Haftung mit seiner Frau zur gleichen Leistung verurteilt wird?**

Sehr häufig begegnet man der Meinung, daß es einer Verurteilung des Ehemannes zur Duldung der Zwangsvollstreckung nicht bedürfe, wenn die beiden Eheleute als Gesamtschuldner zur gleichen Leistung verurteilt werden. Man nimmt an, es verstehe sich in diesem Fall von selbst, daß der Mann die Zwangsvollstreckung in das eingebrachte Gut der Ehefrau zu dulden habe. Diese Anschauung widerspricht aber dem klaren Wortlaut des § 739, welcher bestimmt, daß bei den in Frage kommenden Güterständen die Zwangsvollstreckung in das eingebrachte Gut der Ehefrau nur zulässig ist, wenn die Ehefrau zu der Leistung und der Ehemann zur Duldung der Zwangsvollstreckung verurteilt ist. Die Verurteilung des Ehemannes zur gleichen Leistung enthält aber keine Verurteilung des Ehemannes zur Duldung der Zwangsvollstreckung in das eingebrachte Gut, sondern zu einer Leistung aus dem eigenen Vermögen. Es werden allerdings in den meisten Fällen, in welchen die beiden Eheleute Gesamtschuldner sind, die Voraussetzungen der Verpflichtung zur Duldung der Zwangsvollstreckung gegeben sein und man wird regelmäßig in dem gemeinschaftlichen Vertragsabschluß die Genehmigung des Ehemanns zur Eingehung des Rechtsgeschäfts erblicken müssen. Aber die Sache kann auch so liegen, daß die Ehefrau nachträglich ohne die Genehmigung ihres Ehemanns sich in gesamtverbindlicher Haftung mit ihm zur gleichen Leistung verpflichtet hat; z. B. eine Ehefrau übernimmt nachträglich ohne Wissen ihres Mannes dem Vermieter gegenüber die Zahlung des Mietzinses in gesamtverbindlicher Haftung mit ihrem Ehemann. In diesem Falle müssen zwar beide Eheleute gesamtverbindlich zur Zahlung des Mietzinses verurteilt werden, der Ehemann ist aber nicht verpflichtet, die Zwangsvollstreckung wegen dieser Forderung in das eingebrachte Gut seiner Ehefrau zu dulden, wenn er nicht nachträglich seine Zustimmung zu dem Eintritt seiner Frau in den Mietvertrag erklärt hat, oder kein Fall vorliegt, in welchem es seiner Zustimmung nicht bedurfte. Die Zwangsvollstreckung in das eingebrachte Gut der Ehefrau ist daher auch unzulässig, wenn zwar die beiden Eheleute gesamtverbindlich zur Leistung verurteilt worden sind, gegen den Ehemann aber kein Urteil auf Duldung der Zwangsvollstreckung vorliegt. Selbstverständlich muß deshalb auch dann, wenn der Ehemann für die Forderung gesamtverbindlich haftet, zur Begründung der Klage wegen Duldung der Zwangsvollstreckung ersichtlich gemacht werden, in welchem Güterrecht die Beklagten leben und daß der Ehemann nach den güterrechtlichen Bestimmungen die Zwangsvollstreckung in das eingebrachte Gut der Ehefrau wegen der betreffenden Forderung dulden muß.

3. **Kosten des Rechtsstreits.**

Einen weiteren Streitpunkt bildet die Frage, inwieweit der zur Duldung der Zwangsvollstreckung verurteilte Ehemann zur Tragung der Kosten des Rechtsstreits verpflichtet ist, wenn die Klage gegen den Ehemann auf Duldung mit der Klage gegen die Frau auf Leistung verbunden ist. Teilweise wird nur die Verurteilung der Ehefrau zu den sämtlichen Kosten des Rechtsstreits, teilweise die Verurteilung beider Beklagten zur gesamtverbindlichen Tragung der Kosten verlangt und dementsprechend von den Gerichten erkannt. Richtig ist, daß die Kostenverteilung auf eine dieser beiden Arten dem praktischen Bedürfnis am meisten Rechnung trägt und daß namentlich die Ueberbürdung sämtlicher Kosten auf die Ehefrau auch am meisten der Billigkeit entspricht, da durch den Verzug der Ehefrau auch die Klage auf Duldung der Zwangsvollstreckung veranlaßt wird, und durch die Mitverurteilung des Ehemanns in der Regel keine weiteren Kosten erwachsen als die Schreibgebühren für eine Abschrift der Klageschrift und die Kosten der Zustellung der Klage an den Ehemann. Allein beiden Arten der Kostenverteilung steht die Vorschrift des § 100 ZPO. entgegen, wonach in dem Falle, daß der unterliegende Teil aus mehreren Personen besteht, diese für die Kostenerstattung nach Kopfteilen haften. Der Ehemann, welcher neben der auf Leistung verklagten Ehefrau auf Duldung der Zwangsvollstreckung eingeklagt wird, ist ebenso wie seine Ehefrau Prozeßpartei und im Falle der Verurteilung unterliegender Teil. Es muß deshalb die Bestimmung des § 100 ZPO. zur Anwendung kommen. Regelmäßig werden die Voraussetzungen des Abs. II u. III des § 100 gegeben sein, so daß der größere Teil der Kosten der Ehefrau auferlegt werden kann. Der Absatz IV der bezeichneten Bestimmung kann nur zur Anwendung kommen, wenn die Eheleute als Gesamtschuldner verurteilt werden. Ein Gesamtschuldverhältnis liegt aber nicht vor, wenn die Ehefrau

zur Leistung und der Ehemann nur zur Duldung der Zwangsvollstreckung verurteilt wird. Es ist vielmehr nur dann gegeben, wenn beide Eheleute in gesamtverbindlicher Haftung zu der gleichen Leistung verurteilt werden. In diesem Falle haben die beiden Beklagten die sämtlichen Kosten des Rechtsstreits als Gesamtschuldner zu tragen, da dadurch, daß der Ehemann außer zu der Leistung auch noch zu der Duldung der Zwangsvollstreckung in das eingebrachte Gut seiner Ehefrau verurteilt wird, besondere Kosten nicht entstanden sind. Letzteres wäre nur der Fall, wenn bezüglich des Duldungsanspruchs besondere mit Kosten verbundene Angriffs- oder Verteidigungsmittel geltend gemacht worden wären. Dann würde Abs. III des § 100 ZPO. zur Anwendung kommen.

Auch wenn die Voraussetzungen der §§ 1387 u. 1388 BGB. vorhanden sind, was regelmäßig der Fall sein wird, muß es bei der Kostenverteilung des § 100 ZPO. verbleiben, wenn nicht ausdrücklich in der Klage die gesamtverbindliche Haftung des Ehemanns für die Kosten auf Grund der angegebenen Bestimmungen des BGB. geltend gemacht wird. Der Kläger kann aber auf jeden Fall nachträglich in gesonderter Klage die Kosten auch von dem Mann ersetzt verlangen, wenn die Bestimmungen der §§ 1387 u. 1388 BGB. zutreffen.

Diese gesamtverbindliche Haftung bezieht sich aber nur auf die Kosten der Leistungsklage. Die Kosten der Klage auf Duldung der Zwangsvollstreckung hat der Ehemann allein zu tragen. Ein derartiger Prozeß berührt die Frau nicht, es handelt sich nur um eine Pflicht des Mannes (vgl. Planck, Kommentar zum BGB., 3. Aufl. 1a zu § 1387). Dies gilt auch, wenn beide Klagen verbunden sind. Wird daher gegen die Frau auf Leistung und gegen den Mann auf Duldung geklagt und die Haftung des letzteren für sämtliche Prozeßkosten auf Grund der Bestimmungen der §§ 1387 u. 1388 BGB. geltend gemacht, so wird, wenn diese Ansprüche begründet sind, im Kostenpunkt dahin entschieden werden müssen, daß die Kosten entsprechend der Bestimmung des § 100 Abs. I u. II verteilt werden und daß der Mann auch für die Kosten der Frau mithaftet. Es kann dies z. B. in folgender Weise geschehen: Von den sämtlichen Kosten des Rechtsstreits haben die beiden Beklagten in gesamtverbindlicher Haftung 8/10, der mitbeklagte Ehemann allein 2/10 zu tragen.

Bestritten ist auch die Anwendung des § 93 ZPO. Erkennt der Ehemann seine Verpflichtung zur Duldung der Zwangsvollstreckung in der mündlichen Verhandlung sofort an, so muß untersucht werden, ob er zur Erhebung der Klage, soweit sie gegen ihn auf Duldung der Zwangsvollstreckung gerichtet ist, Veranlassung gegeben hat. In den Entscheidungen des OLG. Dresden vom 26. Januar 1901 (OLG. 2/295) und des Kammergerichts vom 3. November 1902 (OLG. 5/398) ist ausgeführt, daß der Ehemann für die Kosten des Rechtsstreits (in der Richtung gegen ihn) auch dann hafte, wenn er die Verpflichtung zur Duldung der Zwangsvollstreckung sofort in der mündlichen Verhandlung anerkenne, wenn er nicht bereits vor der Erhebung der Klage das Hindernis beseitigt habe, welches der Zwangsvollstreckung in das eingebrachte Gut entgegenstehe. Dies sei aber nur der Fall, wenn er sich in einer nach § 794 ZPO. errichteten Urkunde der Zwangsvollstreckung in das eingebrachte Gut seiner Ehefrau unterworfen habe. Beide Entscheidungen scheinen von der Voraussetzung auszugehen, daß der Ehemann ohne weiteres verpflichtet ist, auf seine Kosten eine Urkunde nach § 794 ZPO. auszustellen, falls er nicht selbst aus dem eingebrachten Gut die Schuld begleicht. Dies dürfte jedoch nicht richtig sein. Der Mann ist nach den Bestimmungen der §§ 1373 ff., 1410 ff. BGB. den Gläubigern seiner Frau gegenüber nicht zu einer Leistung verpflichtet. Er hat lediglich zu gestatten, daß die Frau die Gläubiger aus ihrem eingebrachten Gut befriedigt und muß gegebenenfalls die Zwangsvollstreckung in das eingebrachte Gut dulden. Dieser Pflicht genügt er aber, wenn er der Zahlung aus dem eingebrachten Gut oder der Zwangsvollstreckung in das Gut nicht entgegentritt. Wenn daher der Ehemann dem Gläubiger der Ehefrau bereits vor der Erhebung der Klage erklärt, daß er sich einer Zwangsvollstreckung in das eingebrachte Gut seiner Frau nicht widersetze, kann man nicht annehmen, daß er zur Erhebung der Klage gegen ihn wegen Duldung durch sein Verhalten Anlaß gegeben hat (vgl. die Komm. z. ZPO. von Gaupp-Stein Anm. IV und Seuffert Anm. 2 ad b, β zu § 739). Es kann allerdings nicht verkannt werden, daß der Ehemann, auch wenn er erklärt hat, die Zwangsvollstreckung dulden zu wollen, in der Lage ist, dem Gläubiger Schwierigkeiten zu bereiten, da im Falle des Widerspruchs des Mannes gegen die Zwangsvollstreckung diese nach der Bestimmung des § 739 nicht vorgenommen werden dürfte. Allein wegen dieser Möglichkeit hat der Ehemann so wenig zur Erhebung der Klage Anlaß gegeben, als ein Schuldner, welcher unter Berufung auf die Bestimmungen der §§ 257 ff. ZPO. auf Zahlung einer erst künftig fällig werdenden Forderung nur wegen der bestehenden Möglichkeit eingeklagt wird, daß er zur Zeit der Fälligkeit nicht zahlen werde. Diese Möglichkeit besteht ebenso in jedem Fall wie die Möglichkeit, daß es bei der Verurteilung einer Ehefrau deshalb zu Schwierigkeiten kommen kann, weil eine Zwangsvollstreckung in das eingebrachte Gut notwendig wird. Es müssen noch besondere Umstände dazu kommen, welche die Besorgnis begründen, daß in dem einen Fall nicht rechtzeitig geleistet, in dem andern Fall die Zwangsvollstreckung nicht geduldet wird. Will der Gläubiger sich für alle Fälle sicher stellen, so mag er dies auf seine Kosten tun. (Schluß folgt.)

Die juristischen Personen nach dem im rechtsrheinischen Bayern geltenden Staatskirchenrechte.

Von Rechtsanwalt **Dr. jur. Hans Baumann** in München.

Infolge der vielen letztwilligen Verfügungen zugunsten kirchlicher Institute und Körperschaften in Bayern tritt an Richter und Rechtsanwälte häufig die Frage heran, ob die solche enthaltenden Testamente rechtswirksam sind. Die Entscheidung wird in vielen Fällen davon abhängig sein, ob der eingesetzte Erbe oder Vermächtnisnehmer vermögensfähig ist oder nicht, ob er eine juristische Person im Sinne des Privatrechtes ist.

Man hat nun vielfach versucht, die Vermögensfähigkeit der Kirche aus dem kanonischen Recht, ja auch aus dem jus divinum [1]), zu begründen. Diese Versuche konnten ein richtiges Ergebnis nicht haben. Die Beantwortung der Frage, ob jemand innerhalb der Machtsphäre eines Staates Eigentum erwerben kann, richtet sich ausschließlich nach der Rechtsordnung eben dieses Staates; so sagt Schulte: [2]) „Die Rechtspersönlichkeit der Kirche und der kirchlichen Institute hängt ab von dem Zivilrechte." Auf demselben Standpunkte stehen die Motive zum preuß. Kirchenvermögensverwaltungsgesetz vom 20. Juni 1875: „Die katholische Kirche . . . leitet . . . ihre Vermögensfähigkeit und ihre Vermögensrechte aus dem bürgerlichen Recht ab. Beruht aber die juristische Persönlichkeit der Kirche auf der Garantie des bürgerlichen Rechtes, so ist der Staat auch befugt, die Gewährung derselben an bestimmte von ihm festzusetzende Bedingungen zu knüpfen." Jeder Zweifel wird vollends durch die eingehenden Untersuchungen Meurers beseitigt. [3])

Das für uns zunächst in Betracht kommende Zivilrecht, das BGB., bestimmt in § 89 nur, daß gewisse Bestimmungen auf juristische Personen des öffentlichen Rechtes entsprechend anzuwenden sind, dagegen nicht, welchen Rechtsträgern des öffentlichen Rechts die privatrechtliche Vermögensfähigkeit verliehen ist. Es steht nun fest, daß ein von dem öffentlichen Recht geschaffenes Rechtssubjekt vom Privatrecht als solches anzuerkennen ist. [4]) Somit bestimmt das öffentliche Recht, welchem seiner Gebilde privatrechtliche Vermögensfähigkeit zukommt. Auf dem Gebiete des Kirchenrechts greift somit das Landesrecht Platz. [1])

1. Im bayerischen Recht ist nun die übrigens allgemein zu verneinende [2]) Frage, ob der Gesamtkirche als solcher, der ecclesia universalis, Vermögensfähigkeit zukommt, im negativen Sinne entschieden. [3])

Es heißt in der Verfassungsurkunde des Königreichs Bayern vom 26. Mai 1818 § 9 des Tit. IV, welcher das Vermögen der Religionsteile garantiert, ausdrücklich: „Die in dem Königreiche bestehenden drei christlichen Kirchengesellschaften genießen gleiche bürgerliche und politische Rechte." Und weiter insbesondere in der Beilage, dem Religionsedikt, in § 24: „Die in dem Königreich bestehenden drei christlichen Glaubenskonfessionen sind als öffentliche Kirchengesellschaften . . . anerkannt." Hieraus ist der Schluß zu ziehen, daß eine über das bayerische Staatsgebiet hinausgreifende Organisation der Kirche als Persönlichkeit des deutsch-bayerischen Privatrechtes nicht anerkannt ist.

2. Diese Bestimmungen haben anderseits positiv den Sinn, daß die katholische Kirche in Bayern, also die bayerische Landeskirche, als juristische Persönlichkeit anerkannt ist. Angesichts des klaren und unzweideutigen Wortlauts des vorerwähnten § 24 und insbesondere auch noch des § 44 des Religionsediktes ist ein Zweifel nicht möglich. [4]) Außer Baden hat kein weiterer deutscher Staat eine solche juristische Person geschaffen.

Eine praktische Bedeutung hat dieses Rechtsgebilde bisher nicht erlangt. Es besteht keinerlei katholisches Landeskirchenvermögen. Infolgedessen ist auch der Mangel aller Vorschriften über die Vertretung dieser juristischen Persönlichkeit praktisch noch nicht hervorgetreten. Man braucht aber nur an den Fall zu denken, daß ein Erblasser die bayerische katholische Landeskirche als Erbin einsetzt, um die Schwierigkeiten zu er-

[1]) So beruft sich der bayerische Episkopat in seiner Vorstellung vom 15. Mai 1853 für die Theorie vom Eigentum der Gesamtkirche auf die von Gott gegebene Verfassung der Kirche.

[2]) Schulte; Die Juristische Persönlichkeit der katholischen Kirche, ihrer Institute und Stiftungen, sowie deren Erwerbsfähigkeit 2c., Gießen 1869 S. 7; anderer Ansicht neuerdings Silbernagl, Lehrbuch des Katholischen Kirchenrechts 1903 S. 690

[3]) Meurer, Der Begriff und Eigentümer der heiligen Sachen I, 145 f.

[4]) Protokolle I, 608.

[1]) Verfassung des Deutschen Reichs vom 16. April 1871 Art. 4 (arg. e contr.).

[2]) So Meurer l. c. II, 73 ff., Schulte l. c. S. 42, Permaneder, Kirchenrecht, IV. Aufl. 857 ff., im Gegensatz zu früheren Auflagen. — Dagegen Silbernagl l. c.

[3]) So Seydel, Bayerisches Staatsrecht, III, 529; Roth, Bayerisches Zivilrecht, 2. Aufl. I, 255. Roth stützt die hier vertretene Ansicht noch darauf, daß bayerische Verordnungen vom 9. Februar 1787 und 10. November 1811 jede Zuwendung an außerbayerische fromme Stiftungen ohne ausdrückliche königliche Genehmigung verbieten. Damit ist jedoch nicht die juristische Persönlichkeit dieser auswärtigen Stiftungen verneint, sondern vielmehr lediglich eine Erwerbsbeschränkung wie in Art. 10 des bayerischen Ausführungsgesetzes zum BGB. ausgesprochen.

[4]) So Seydel l. c. III, 529; Meurer l. c. II, 97 ff.; Roth l. c. I, 255; Becher, Das rechtsrheinisch-bayerische Landeszivilrecht und Landeszivilprozeßrecht I, 432.

kennen, die aus dem Fehlen der organisierenden Bestimmungen erwachsen können. Hier mag nur darauf hingewiesen werden, daß der gemeinrechtliche Ausweg (l. 26 C. I, 2 und Nov. 131 c. 9), demzufolge im Falle einer Zuwendung an die Kirche der Bischof, dessen Diözese der Erblasser angehört, die Zuwendung anzunehmen habe, durchaus versagt. Es handelt sich hier um eine zivilrechtliche Frage. Als Vorschriften des Zivilrechts können nach dem Inkrafttreten des BGB. diese Bestimmungen nicht mehr in Frage kommen. Eine Berührung mit dem öffentlichen Recht besteht nur insoweit, als, wie oben ausgeführt, die Anerkennung der bayerischen Landeskirche im öffentlichen Recht auch für das Zivilrecht maßgebend ist. Infolgedessen scheiden diese Gesetzesstellen, auch, insoweit sie kirchenrechtlichen und damit öffentlich-rechtlichen Inhalt haben, hier aus. Die bisher unternommenen Lösungsversuche[1]) haben ein befriedigendes Ergebnis nicht zeitigen können. In diesem außerordentlichen Fall versagt eben auch die Analogie, die sonst bei Gesetzeslücken zur Hilfe kommt.

3. Klarer liegen die Verhältnisse, insoweit es sich um die Eigentumsfähigkeit des Bistums handelt.

Die Rechtspersönlichkeit der Bistümer (Erzbistümer) ist im ersten Anhang zur zweiten Beilage der Verfassungsurkunde, in dem Konkordat und in der Zirkumskriptionsbulle vom 1. April 1818, welche unter dem 15. September 1821 die königliche Genehmigung erhielt, vollkommen einwandfrei klargestellt.[2]) Ebenso ist unbestritten, daß dem Bischof oder dem Erzbischof die Vertretung seiner Diözese zusteht. (Konk. Art. IV, V Abs. II, VIII Abs. II, XII a. E. XVII). Schwierigkeiten entstehen lediglich bei Prüfung der Frage, wer eigentlich Träger der Eigentumsrechte innerhalb des Bistums ist. Nach den überzeugenden Darlegungen Schultes und Meurers[3]) ist anzunehmen, daß Trägerin der Eigentumsrechte die Kirche, die Domkirche, die Kathedrale ist, also die Domkirchenstiftung. Es heißt in Art. IV des Konk. ausdrücklich: „Fabricarum denique ipsarumque Ecclesiarum fundi . . . . . . conservabuntur“. Die Kirchenstiftung ist jedoch nicht die einzige Rechtspersönlichkeit innerhalb des Amtssprengels ihres Vertreters, des Bischofs. Ebenso wie in der Pfarrei neben der Kirchenstiftung die Pfründe besteht, bestimmt, dem Pfarrherrn den Lebensunterhalt zu bieten, so bezieht der Bischof seinen Unterhalt aus den Einkünften einer selbstständigen juristischen Persönlichkeit; es ist dieses die mensa episcopalis. Die Anerkennung der Eigentumsfähigkeit findet sich in Art. IV des Konk., wo es heißt: „Redditus Mensarum archiepiscopalium et Episcopalium . . . . . . constituentur“. Der Vertreter der Mensa ist der Bischof, ebenso wie der Vertreter der Pfarrpfründe der Pfarrer. Auch das Domkapitel hat juristische Persönlichkeit: Art. IV Abs. II des Konk. bestimmt, daß die „Capitula Metropolitanarum et Cathedralium Ecclesiarum“ in der hier interessierenden Richtung den Mensae gleichzustellen sind. Ebenso haben die bischöflichen Seminare ihre Anerkennung im Konkordat gefunden: Art. VIII Abs. I spricht von den Bona Seminariorum. Die Emeriten- und Demeritenanstalten sind selbständige Diözesanstiftungen.

Keine Rechtspersönlichkeit hat dagegen das Ordinariat.[1]) Das Ordinariat ist nicht einmal eine selbständige Behörde, sondern bezeichnet lediglich die Gesamtheit der Gehilfen, deren sich der Bischof bei Erledigung bestimmter Aufgaben bedient. Ein Beschluß des Ordinariats ist also begrifflich lediglich ein Beschluß des Bischofs, so daß also z. B. eine Beschwerde gegen den Beschluß des Ordinariats zum Bischof ausgeschlossen ist.

4. Innerhalb der Pfarrei, dem untersten kirchlichen Amtsbezirk, stehen sich in erster Linie zwei grundverschiedene juristische Persönlichkeiten gegenüber: die Kirchenstiftung und die Pfründestiftung. Beide sind Träger des Ortskirchenvermögens, jedoch nach Zweck und insbesondere nach der Organisation verschieden. Die Kirchenstiftung ist, ebenso wie wir es bei der Domkirchenstiftung im Bistum gesehen haben, die eigentliche Repräsentantin der Pfarrei. Das Konkordat spricht in Art. VIII von der Vermögensfähigkeit der Kirchenfabriken. Die Vertretung und Verwaltung dieses Vermögens erfolgt nach Maßgabe des alten Gemeinderechts, „das heute noch wie eine eiserne Hand auf dem Kirchenverwaltungsrecht liegt“.[2]) Bis die neue Kirchengemeindeordnung hier Wandel schaffen wird, gelten noch die §§ 59 Abs. III bis V und 94 Abs. V bis VIII des revidierten Gemeindeediktes vom 1. Juli 1834, welche in Art. 206 der Gemeindeordnung vom 29. April 1869 aufrecht erhalten sind. In einzelnen Fällen geben noch die Vollzugsvorschriften zum rev. GemE. vom 31. Okt. 1837 Ziff. 136 ff. Aufschluß. Die Kirchenverwaltung besteht aus dem Pfarrer, dem rector ecclesiae, als Vorstand, einem Abgeordneten des Magistrats oder Gemeindeausschusses der Gemeinde, in welcher die Kirche liegt, wenn möglich von demselben Bekenntnis, ferner aus gewählten Gemeindemitgliedern desselben Bekenntnisses und zwar in Gemeinden mit Magistratsverfassung 4—8, in Ruralgemeinden 2—4. Im Falle eines Rechtsstreits würde also die Kirchenstiftung im Rubrum zu bezeichnen sein, als „Kirchenstiftung N., vertreten

[1]) Vgl. insbesondere Schulte l. c. S. 73 und Meurer l. c. II, 100 ff.

[2]) Seydel l. c. 552 Nr. 6 und die dort angeführten.

[3]) Schulte l. c. 31 ff.; Meurer II 182 ff.

[1]) So insbesondere Schulte 160 ff; Meurer II 211 ff.; Silbernagl, Verfassung und Verwaltung S. 65 Anm. *).

[2]) Meurer, Bayerisches Kirchenvermögensrecht I 18.



durch die Kirchenverwaltung, diese vertreten durch ihren Vorstand, den Pfarrer X. zu N.". Handelt es sich um eine Simultankirchenstiftung, so gehören die Pfarrer beider Religionsteile zur Kirchenverwaltung. Der Vorsitz gebührt dem Dienstälteren. (VV. Ziff. 138; ME. 25. August 1867; ME. 13. Mai 1835). Der Anteil der beiden Religionsteile an der Zahl der gewählten Mitglieder bestimmt sich nach Vertrag, Herkommen und unbestrittenem Besitzstand; liegen solche Anhaltspunkte nicht vor, so stellt jede Konfession die Hälfte. (VV. z. rev. GemE. Ziff. 138, ME. 25. August 1869).

Diese Bestimmungen sind im großen und ganzen klar, insoweit die Vertretung von Hauptkirchen in Frage steht. Nach Ziff. 136 der VV. erheischt aber „nach dem Geist" des rev. GemE. auch jede Filial- und Nebenkirche mit ausgeschiedenen Einnahmen und Ausgaben eine selbständige Kirchenverwaltung.[1]) Für Filialkirchen, die ja abgegrenzte Sprengel haben, läßt sich diese Vorschrift durchführen; bei Nebenkirchen (Kapellen) dürften erhebliche Schwierigkeiten entstehen. Die Praxis (ME. 30. April 1835) sieht auch hier neben der Kirchenverwaltung eine besondere Verwaltung vor, deren Mitglieder aus den Parochianen gewählt werden.[2]) Die vernünftigste Regelung dürfte wohl die sein, daß der Kirchenverwaltung auch die Vertretung und Verwaltung dieses gesonderten Kapellenvermögens übertragen wird. In diesem Sinne sprechen die VV. Ziff. 136 davon, daß die Filialkirchengemeinden auf gesonderte Verwaltung ihres Vermögens verzichten können, wenn dessen gesonderte Verwaltung gesichert ist.[3])

[1]) Seydel, Bayerisches Staatsrecht III 605 Nr. 55 bemerkt hierzu: „Es muß wohl der „Geist" sein; denn der Wortsinn ist es sicher nicht".

[2]) Ueber die hier entstehenden Schwierigkeiten siehe Meurer, Bayerisches Kirchenvermögen I 20 ff. und 31 ff.

[3]) Seydel l. c. 56 vermißt eine Bestimmung darüber, wer den Verzicht aussprechen soll. Eigentümer des Vermögens ist nicht die Kirchengemeinde, wie die VV. hier irrtümlich vermuten lassen, sondern die Kirchenstiftung. Es wird also nichts übrig bleiben, als deren ordnungsmäßige Vertretung zu bilden und dann von dieser Vertretung den Verzicht auf gesonderte Verwaltung aussprechen zu lassen. Ist man der Ansicht, daß der Gesetzgeber den Ausdruck Filialkirchengemeinde mit Absicht im Gegensatz zur Kirchenstiftung als Eigentümerin des Vermögens gewählt hat, so würde nichts übrig bleiben, als eine Verzichtserklärung der sämtlichen Mitglieder der Filialkirchengemeinde herbeizuführen. (Meurer, Kirchenvermögen I 33 Nr. 2). Ob eine vom Pfarrer zu berufende Filialkirchengemeindeversammlung ausreichen würde, dürfte zweifelhaft sein. Für die im Text vertretene Anschauung spricht auch der Umstand, daß sich ein Organ, das bei der Nebenkirche den Verzicht ausspricht, nicht finden läßt. (Meurer l. c. S. 33).

(Schluß folgt.)

Mitteilungen aus der Praxis.

Erbschaftsausschlagung vor dem ersuchten Gerichte. Die Ausführungen des Herrn Amtsrichters Dr. Keßler auf S. 186 ff. des laufenden Jahrgangs dieser Zeitschrift scheinen mir zwar im Ergebnis und hinsichtlich der daraus gezogenen Folgerungen volle Zustimmung zu verdienen, aber nicht durchaus in der Begründung. Vollkommen pflichte ich selbstverständlich der Ausführung unter B S. 188 a. a. O. bei, wonach ein anderes Gericht als das Nachlaßgericht oder das von ihm ersuchte Gericht zur öffentlichen Beglaubigung der Ausschlagungserklärung und daher zu ihrer wirksamen Entgegennahme im Sinne des § 1945 BGB. nicht zuständig und fähig ist. Dagegen scheint mir Keßler folgendes zu verkennen:

Wenn eine Erklärung gegenüber einem Gerichte in öffentlich beglaubigter Form abzugeben ist, so muß sie entweder vor dem Gerichte abgegeben und von dem Gerichte beurkundet oder in einer öffentlich beglaubigten schriftlichen Erklärung bei dem Gerichte eingereicht werden (vgl. die Aeußerung v. Jacubezkys in Bechers Mater. Abt. IV und V, Bd. II S. 299, sowie Keßler selbst a. a. O. S. 188). Da Keßler nun davon ausgeht, in bezug auf die Entgegennahme der mündlichen Erklärung und deren Beurkundung trete das ersuchte Gericht an die Stelle des ersuchenden Gerichts, so müßte er eigentlich auch zugeben, daß mit der Abgabe und Beurkundung der Erklärung vor dem ersuchten Gerichte sie als auch gegenüber dem ersuchenden Gerichte abgegeben gilt. Die persönliche Abgabe einer Erklärung vor dem Gerichte verbunden mit der Beurkundung der Erklärung durch das Gericht ergibt eben zusammen die Tatsache, daß gegenüber diesem Gerichte die Erklärung als in öffentlich beglaubigter Form abgegeben gilt. Wenn also das Nachlaßgericht an ein anderes Gericht das Ersuchen stellt, einen Beteiligten zu vernehmen, überträgt es zweifellos dem anderen Gerichte die Entgegennahme der Erklärungen des Beteiligten. Diese gelten dann aber, wenn man von der erwähnten Ansicht ausgeht, natürlich auch als gegenüber dem ersuchenden Gerichte abgegeben. Die dazu kommende Beurkundung vor dem ersuchten Gerichte ist *nur* die vorgeschriebene öffentlich *beglaubigte Form* der Erklärung, und indem Keßler das ersuchte Gericht (im Gegensatz zu jedem anderen Gerichte, s. o.) als zu dieser Beurkundung zuständig erachtet, gibt er m. E. selbst bereits zu, daß das ersuchte Gericht auch die Entgegennahme der Erklärung für das Nachlaßgericht, d. h. an dessen Stelle betätigt. Wollte er letzteres nicht zugeben, so hätte er folgerichtig das ersuchte Gericht auch nicht als zur Beurkundung der Erklärung zuständig erachten dürfen.

Wenn mir nun weiterhin auch der Satz Keßlers verfehlt zu sein scheint, daß die Rolle des Adressaten „keine eigene Tätigkeit" bedinge und *deshalb* nicht im Wege der Rechtshilfe auf ein anderes Gericht übertragen werden könne, so scheint mir doch hier die für die Frage m. E. ausschlaggebende Erwägung immerhin, ob zwar als gewissermaßen noch unbewußte Empfindung zu Grunde zu liegen.

Es muß nämlich zweifellos auf Wesen und Zweck der „Rechtshilfe" zurückgegangen werden. Was hierüber das Oberlandesgericht München in seinem von Keßler a. a. O. S. 186 angeführten Beschlusse (Sammlung von Entsch. des OLG. n. F. Bd. II S. 885 ff.)

sagt, ist richtig, aber m. E. nicht erschöpfend. Festzuhalten ist nämlich, daß es sich nur um eine Hilfe, einen Beistand handelt, nicht um eine Vertretung in dem Sinne, daß der Vertreter eine selbständige Rolle inne hätte (vgl. z. B. auch ZPO. § 366). Ich möchte dem ersuchten Gerichte gewissermaßen die Rolle eines nuntius, soweit es Mitteilungen zu machen hat, und soweit es Erklärungen entgegen zu nehmen hat, eines dem nuntius ähnlichen „Empfangswerkzeuges des Adressaten" (vgl. v. Staudinger, Komm. Bd. I Vorbem. 6 z. 5. Titel des 3. Abschn. 2. Aufl. S. 466) zuweisen; es soll nicht selbständig das ersuchende Gericht vertreten, sondern an dessen Stelle im zweiterwähnten Falle lediglich Erklärungen im äußerlichen, physischen Sinne „entgegennehmen" und beurkunden und deren Kenntnis so dem ersuchenden Gerichte vermitteln, nicht aber auch selbst an des letzteren Stelle Kenntnis davon nehmen.

Dieser Mangel einer selbständigen Vertretungsbefugnis im eigentlichen Sinne im Falle der Rechtshilfe ist es auch, der dazu führt, die Eröffnung eines Testaments nach § 2260 BGB. als im Wege der Rechtshilfe unzulässig zu erklären (vgl. bayr. ObLG. Sammlung n. F. Bd. 5 S. 516). Anders kann diese einer näheren Begründung entbehrende Entscheidung wohl nicht gerechtfertigt werden.

Insoweit nun der Zweck der Uebermittelung der vor dem ersuchten Gerichte abzugebenden Erklärungen an das ersuchende Gericht es erfordert, ist die Zuständigkeit des ersuchenden Gerichts auf das ersuchte Gericht übertragbar und durch das Ersuchen übertragen; in unserem Falle also die Zuständigkeit zur äußerlichen Entgegennahme der Erklärung und zu ihrer Beurkundung.

Da aber das ersuchte Gericht keineswegs wirklicher „Vertreter" des ersuchenden Gerichts ist, sondern nur dessen Beistand, Vermittler ist und bleibt (freilich mit gewissen ihm ausdrücklich behufs Erfüllung seiner Aufgabe vom Gesetz zugeteilten Befugnissen äußerlicher Art), so muß zur Wirksamkeit der vor dem ersuchten Gerichte abgegebenen Erklärungen gegenüber dem ersuchenden Gerichte, insoweit diese Wirksamkeit von der Kenntnis der Erklärungen seitens des letzteren Gerichtes abhängt, noch die Uebermittelung dieser Erklärungen an das letztere erfordert werden, und die vor dem ersuchten Gerichte abgegebenen Erklärungen gelten also als gegenüber dem ersuchenden Gerichte nur unter der Voraussetzung abgegeben und sind in ihrer Wirksamkeit abhängig davon, daß sie dem ersuchenden Gerichte übermittelt werden, zu seiner Kenntnis gelangen. In bezug auf letztere wird eben das ersuchende Gericht vom ersuchten Gericht nach dem Wesen der „Rechtshilfe" nicht vertreten, und deshalb muß im Falle der Entgegennahme und Beurkundung von Erklärungen der bezeichneten Art im Wege der Rechtshilfe stets noch ihre Uebermittelung an das ersuchende Gericht zu der Tätigkeit des ersuchten Gerichts hinzukommen, damit wirklich diese Erklärungen als vor dem ersuchenden Gerichte abgegeben gelten können. Dieser Satz gilt natürlich ganz allgemein in Fällen der Rechtshilfe, in welchen eine Erklärung gegenüber einem bestimmten Gerichte abzugeben ist, also diesem die Erklärung zugehen muß. Die „Kenntnis" des ersuchenden Gerichts wird freilich nicht in der Weise eng auszulegen sein, daß man das wirkliche Lesen seitens des zuständigen einzelnen Richters darunter zu verstehen hätte, der Einlauf des Aktenstückes beim Gerichte wird als genügend erachtet werden müssen, da er ohne weiteres die Möglichkeit der Kenntnisnahme seitens des Gerichtes gewährt.

Rechtsanwalt Dr. Herzfelder in München.

Nachschrift des Herausgebers. Es ist vielleicht nicht überflüssig, bei dieser Gelegenheit darauf hinzuweisen, daß der § 1945 BGB. nicht glücklich gefaßt ist. Er fordert für die Erklärung der Ausschlagung gegenüber dem Nachlaßgerichte und für die Vollmacht hierzu öffentliche Beglaubigung i. S. des § 129 BGB. Es wäre richtiger gewesen, wenn der Gesetzgeber neben den „öffentlich beglaubigten" Urkunden ausdrücklich „öffentliche Urkunden" (i. S. des § 415 ZPO.) zugelassen hätte, wie er das in § 29 GBO. getan hat. Denn es wäre doch sehr unvernünftig, etwa von einer Staats- oder einer Gemeindebehörde zu verlangen, daß sie bei Ausschlagung einer Erbschaft die von ihrem Vertretungsorgan schriftlich abgegebene Erklärung — eine öffentliche Urkunde — noch mit notarieller Unterschrifts-Beglaubigung versehen läßt. Man wird sich über die Ungenauigkeit des Wortlautes des § 1945 hinwegsetzen dürfen, weil eine „öffentliche Urkunde" eine höhere Sicherheit bietet, als eine nur „öffentlich beglaubigte". Daß das BGB. den Satz „die strengere Form ersetzt die leichtere Form" nicht allgemein, sondern nur in § 129 Abs. 2 für einen besonderen Fall ausgesprochen hat, darf nicht irre machen. (Vgl. auch Planck, Bem. 2 zu § 129 BGB.). Dieser Satz rechtfertigt auch die Gepflogenheit der bayerischen Praxis, die Erklärung der Ausschlagung vor dem Nachlaßgericht oder dem ersuchten Gericht und ihre Beurkundung zu Protokoll des Gerichts genügen zu lassen. Die Beurkundung durch ein bayerisches Gericht ist keine gerichtliche Beurkundung im Sinne des § 129 Abs. 2 BGB., aber sie schafft eine „öffentliche Urkunde".

Eine ähnliche Ungenauigkeit wie im § 1945 BGB. ist dem Gesetzgeber in § 71 ZwVG. unterlaufen. Hier wird gefordert, daß die Befugnis zur Abgabe eines Gebotes für eine andere Person durch eine öffentlich beglaubigte Urkunde nachgewiesen werde. Nach dem Wortlaute müßte man also z. B. vom Vormunde verlangen, daß er die Unterschrift des Richters auf seiner Bestallung notariell beglaubigen läßt. Es wird aber keinem Versteigerungsbeamten einfallen, eine solche Forderung zu stellen (vgl. Fischer-Schaefer Bem. 3, von der Pfordten Bem. I 2 zu § 71 ZwVG.).

Unterschlagung, Diebstahl oder Betrug? A. hatte einen Käsekeller gemietet. B. vereinbarte mit A., daß er gegen Bezahlung der Hälfte des Mietpreises auch seine Käse im fraglichen Keller unterbringen dürfe, und erhielt daraufhin einen eigenen Schlüssel zu dem Keller, lagerte dort seine Käse gesondert von denen des A. und behandelte sie auch selbst. A. verkaufte nun an C., dem er einige Hundert Mark schuldete, aus dem fraglichen Käsekeller einige minderwertige, ihm gehörige und eine größere Anzahl der dem B. gehörigen Käse. Der Kaufpreis wurde durch Aufrechnung der dem C. gegen A. zustehenden Forderung getilgt. Während C. mittelst eines Käsebohrers Proben von den gekauften, in Wirklichkeit dem B. gehörigen Käsen entnahm, kam B. in den Keller und verbat sich, daß seine Käse angebohrt würden. C. wurde durch diese Aeußerung stutzig, wurde aber von A. durch die Versicherung beruhigt, daß er berechtigt sei, die Käse zu verkaufen. A. hatte jedoch keine solche Berechtigung, hatte in der Folge dem C. auch nur die minderwertigen ihm gehörigen Käse geliefert, und bezüglich der wei-

teren dem B. gehörigen Käse, die er unangetastet im Keller liegen ließ, auf Reklamation des C. erwidert, er habe sie anderweitig verkauft.

Wie ist die Handlungsweise des A. strafrechtlich zu beurteilen?

Anklage wurde wegen Unterschlagung erhoben, da A. die Käse sich angeeignet und veräußert habe. Der Eröffnungsbeschluß nahm Betrugsversuch an, wobei eine Vermögensbeschädigung auf Seiten des C. als gegeben erachtet wurde. Die Strafkammer verurteilte den A. wegen Betrugsversuchs, fand jedoch, daß die Vermögensbeschädigung auf Seiten des B. vorliege. Der Verteidiger legte in der Revisionsbegründung dar, daß die Handlungsweise des A. nur als Unterschlagungsversuch zu qualifizieren sei, da die zwischen A. und B. bezüglich des Kellers getroffene Vereinbarung ein Verwahrungsvertrag sei. Das Reichsgericht hob das Urteil der Strafkammer auf und verwies die Sache an die Strafkammer zurück mit folgender Begründung:

Die Ablieferung der Käse an C. wäre nur durch diebische Wegnahme möglich gewesen. Die Vermögensbeschädigung des B., welche mit der Ablieferung der Käse eingetreten wäre, habe für den Tatbestand des Betruges nicht in Betracht zu kommen. Diese Vermögensbeschädigung wäre eine Folge der diebischen Wegnahme der Käse gewesen, die der Angeklagte A. zur Ausführung seines Planes vorzunehmen gehabt hätte; sie wäre durchaus nicht auf einen durch die Täuschung des C. verursachten Verfügungsakt des C. zurückzuführen gewesen; denn der Umstand, daß C. durch Täuschung zum Kaufsabschluß bestimmt worden sei, hätte nur Bedeutung für den außerhalb des strafrechtlichen Tatbestandes des Diebstahls liegenden Beweggrund gehabt, der den Angeklagten zur diebischen Wegnahme der Käse zum Zwecke der Ablieferung an C. veranlaßt haben würde.

In der neuen Hauptverhandlung wurde A. von der Strafkammer wiederum wegen Betrugsversuches verurteilt, wobei jedoch eine Vermögensschädigung auf Seiten des C. angenommen wurde, weil dessen Forderung gegen A. durch Aufrechnung zu Verlust gegangen und so C. vorübergehend in seinem Vermögen geschädigt worden sei.

Um zu einer richtigen strafrechtlichen Würdigung der Handlungsweise des A. zu gelangen, ist es notwendig, sich über das zwischen A. und B. bestehende zivilrechtliche Verhältnis klar zu werden. B. hatte sich verpflichtet, die Hälfte des Mietpreises des Kellers zu bezahlen, damit er den Keller für seine Zwecke d. h. zur Lagerung seiner Käse benützen könne. B. wollte also nicht, daß A. seine Käse aufbewahre, sondern B. wollte, daß er den Kellerraum gleich dem A. benützen könne. Es geht dies insbesondere auch daraus hervor, daß B. einen eigenen Schlüssel zum Keller erhielt, die Käse selbst behandelte und A. keinerlei Verfügungsrecht über sie hatte. Der zwischen A. und B. abgeschlossene Vertrag war also kein Verwahrungsvertrag, sondern ein Mietvertag, eine sog. Untermiete. Daraus folgt, daß nur B. den Besitz und Gewahrsam an seinen im fraglichen Keller gelagerten Käsen hatte. Eine Unterschlagung des A. an den Käsen des B. war sohin ausgeschlossen. Ein Diebstahl des A. war auch nicht gegeben, weil eine Wegnahme der Käse nicht erfolgte und auch nicht versucht wurde, denn das Vorzeigen der Käse an C. und das Gestatten des Anbohrens durch ihn waren nur Vorbereitungshandlungen. Es bleibt sohin nur die Möglichkeit eines Betruges gegenüber dem C.; denn die Vermögensbeschädigung des B. hätte nach obigem nur durch die als Diebstahl zu erachtende Wegnahme der Käse erfolgen können.

Landgerichtsrat Dr. Otto Mayr in Kempten.

Zur Auslegung des § 91 Abs. 2 ZPO. Ein Nürnberger Rechtsanwalt stellte eine Klage zum Amtsgerichte München I und übertrug einem Münchener Anwalt die Vertretung in der mündlichen Verhandlung. Es erging Beweisbeschluß auf Vernehmung eines in Nürnberg wohnhaften Zeugen durch das dortige Amtsgericht. Der Münchener Anwalt übersandte Ausfertigung des Beweisbeschlusses dem Prozeßbevollmächtigten mit dem Ersuchen, der Beweiserhebung beizuwohnen. Dieser nahm den Termin wahr und erteilte dem Münchener Anwalt Weisungen über die Verwertung des Beweisergebnisses, der auch eine Abschrift des Beweiserhebungsprotokolles bestellte und erhielt. Der Beklagte wurde verurteilt.

Bei der Kostenfestsetzung billigte das AG. dem Prozeßbevollmächtigten die Beweisgebühr zu, strich aber die vom Münchener Anwalt gleichfalls beanspruchte Beweisgebühr ab, „weil sie ihm nicht zukomme". Die sofortige Beschwerde, die sich auf § 43 GebO. f. RA. und auf Pfafferoths Komm. Anm. 19, b, c zu § 13 GebO. f. RA. stützte und ausführte, daß in der Uebersendung des Beweisbeschlusses an den Nürnberger Anwalt, der Entgegennahme seines Berichtes über das Beweisergebnis und dem Durchlesen des Zeugenvernehmungsprotokolls eine auf die Beweiserhebung bezügliche Tätigkeit des Anwaltes liege, wurde für unbegründet erklärt.

Das Landgericht führte aus, dem Münchner Anwalt stehe die Beweisgebühr an und für sich unzweifelhaft zu, sie sei aber nach der strikten Vorschrift des § 91 Abs. 2 ZPO. nicht erstattungsfähig, da bereits dem Nürnberger Anwalt eine Beweisgebühr zugebilligt sei und der Gegner die Kosten nur insoweit zu erstatten habe, als sie die Kosten eines Rechtsanwaltes nicht übersteigen.

Die Entscheidung des Beschwerdegerichtes ist offenbar irrig. § 91 Abs. 2 ZPO. will nur den Fall treffen, in dem eine Partei sich gleichzeitig oder nacheinander mehrerer Anwälte bedient, obgleich ein Anwalt die gesamte Tätigkeit hätte ausüben können. Dagegen sind Theorie und Praxis darüber einig, daß der Prozeßbevollmächtigte eine auswärtige Beweiserhebung einem auswärtigen Anwalt übertragen kann, soweit hierdurch nicht höhere Kosten entstehen als durch persönliche Anwesenheit des Prozeßbevollmächtigten und daß diese Kosten eines zweiten Anwaltes für eine Tätigkeit, die der erste nicht selbst vornehmen kann, zu erstatten sind. (Vgl. Seuffert, ZPO. § 91 Anm. 2 b, RGE. ZS. Bd. 51 S. 11).

Wäre die Ansicht des LG. München I richtig, so wäre in den gar nicht seltenen Fällen, die dem dargestellten gleichen, die Partei gezwungen, auf anwaltschaftliche Vertretung bei auswärtigen Beweisaufnahmen zu verzichten, wenn sie nicht die Kosten hierfür trotz des Sieges selbst tragen will.

Rechtsanwalt Levinger in München.



Aus der Praxis der Gerichte.

Reichsgericht.

A. Zivilsachen.

I.

Zu §§ 1117, 1154 BGB. Wird der Gläubiger bei der Bestellung einer Hypothek ermächtigt, sich den Hypothekenbrief vom Grundbuchamt aushändigen zu lassen, und tritt der Gläubiger die Forderung vor der Aushändigung des Briefes ab, so erwirbt der neue Gläubiger die Hypothek nicht unter allen Umständen durch die Eintragung der Abtretung, sondern nur dann, wenn feststeht, daß ihm auch der Anspruch auf Aushändigung des Briefes abgetreten wurde. J. F. hat am 8. November 1904 eine Darlehenshypothek bestellt und den Gläubiger ermächtigt, den zu bildenden Hypothekenbrief sich unmittelbar vom Grundbuchamt aushändigen zu lassen. Der Gläubiger hat dann die Hypothekforderung an P. abgetreten, die Eintragung der Abtretung ist am 17. Januar 1905 erfolgt. P. klagte die Hypothekforderung ein. In dem Rechtsstreite war u. a. die Frage zu entscheiden, in welchem Zeitpunkt P. die Hypothek erworben hatte. Das Reichsgericht sprach sich hierüber in folgender Weise aus:

Nicht bedenkenfrei ist die Annahme des OLG., daß P. die Hypothek schon mit der Eintragung der Abtretung erworben habe. Der Tatbestand und die Gründe schließen die Annahme nicht aus, daß es schon in der Abtretung der Forderung eine Uebergabe des Hypothekenbriefs erblickt hat. In der Berufungsbeantwortung war geltend gemacht worden, daß P. durch die Abtretung in alle Rechte eingetreten sei, die dem bisherigen Gläubiger aus der Eintragung zustanden; auch für ihn sei deshalb die Uebergabe des Briefes dadurch ersetzt worden, daß die Aushändigung an den bisherigen Gläubiger von dem Beklagten bewilligt gewesen sei. Diese Ansicht, der sich das OLG. angeschlossen zu haben scheint, ist unzutreffend. Die bei der Bestellung der Hypothek erteilte Ermächtigung, daß das GBA. den Hypothekenbrief unmittelbar an den Gläubiger solle aushändigen dürfen, hatte nach § 1117 BGB. die Folge, daß der erste Gläubiger die Hypothek schon mit der Eintragung erwarb. Der gleichen Ermächtigung bedurfte es aber nach § 1154 BGB. auch für P. Die bloße Abtretung der Forderung gab ihm keinen Anspruch auf Herausgabe der Urkunde. In der Rechtsprechung ist anerkannt, daß die rechtsgeschäftliche Absicht, mit der Forderung den Anspruch auf Herausgabe der Urkunde abzutreten, erkennbar gemacht sein muß (vgl. Entsch. Bd. 54 S. 111). Wodurch das geschehen ist, hat das OLG. nicht erörtert; insbesondere hat es nicht festgestellt, daß in der Abtretungsurkunde die Aushändigung des Briefes unmittelbar an P. bewilligt ist. Die dem ursprünglichen Gläubiger erteilte Ermächtigung kann hier nicht in Betracht kommen, weil sie ein von den Beklagten vorgenommener rechtsgeschäftlicher Akt ist. (Urt. des V. ZS. vom 23. März 1907, V 449/06). — — — n.

927

II.

Zu § 2079 BGB. Die Anfechtung einer letztwilligen Verfügung auf Grund des § 2079 BGB. ist nicht deswegen ausgeschlossen, weil der Erblasser mit der Möglichkeit gerechnet hat, der Pflichtteilsberechtigte lebe noch. Daß der Erblasser eine bestimmte und deutliche Vorstellung vom Tode des Pflichtteilsberechtigten gehabt hat, ist nicht Voraussetzung der Anwendung des § 2079. Am 19. Oktober 1904 starb zu G. die Mutter der Parteien E. B. Ihre gesetzlichen Erben waren neben ihren drei Kindern (den Parteien). ihr Ehemann N. B., der etwa 25 Jahre vorher nach Amerika ausgewandert war. Sie hinterließ ein Testament, dessen § 1 lautet: „Da mein Ehemann vor 25 Jahen nach Amerika ausgewandert und voraussichtlich nicht mehr am Leben ist, so ernenne ich zu meinen Erben meine drei Kinder — — —.“ Im folgenden bestimmte sie, daß ihre beiden Söhne (die Kläger) nur gewisse Grundstücke erhalten sollten, und daß ihrer Tochter (der Beklagten) mit Rücksicht auf die von ihr empfangene treue Pflege der gesamte übrige Nachlaß zufallen solle. Der Ehemann der Erblasserin focht das Testament durch Erklärung gegenüber dem Nachlaßgericht an, weil er als Pflichtteilsberechtigter übergangen sei. Kurze Zeit darauf kehrte er nach Deutschland zurück und starb in G. am 5. Juni 1905. Die Parteien sind auch seine gesetzlichen Erben. Die beiden Söhne machten hierauf im Klagewege die nach ihrer Behauptung durch die Anfechtung des Testaments seitens ihres Vaters und Erblassers eingetretene Nichtigkeit des Testaments geltend und zwar auf Grund des § 2079 BGB., weil ein Pflichtteilsberechtigter (ihr Vater), dessen Vorhandensein der Erblasserin bei der Errichtung des Testaments nicht bekannt gewesen sei, übergangen worden sei. Die Beklagte wandte ein, daß die Erblasserin auch bei Kenntnis der Sachlage die Verfügung getroffen haben würde (§ 2079 Satz 2 BGB.). Das Landgericht wies die Klage ab. Es nahm an, die Kläger hätten nachzuweisen, daß die Erblasserin bei Errichtung des Testaments von der deutlichen Vorstellung beherrscht gewesen sei, ihr Ehemann sei tot. Dieser Nachweis sei aber mißlungen. Das Oberlandesgericht billigte die Entscheidung. Die Revision hatte Erfolg.

Aus den Gründen: Nach § 2079 BGB. kann eine letztwillige Verfügung angefochten werden, wenn der Erblasser einen zur Zeit des Erbfalls vorhandenen Pflichtteilsberechtigten übergangen hat, dessen Vorhandensein ihm bei der Errichtung der Verfügung nicht bekannt war. Unstreitig war der Ehemann der Erblasserin ein zur Zeit des Erbfalls vorhandener Pflichtteilsberechtigter (§ 2303 BGB.) und im Testamente übergangen. Es fragt sich nur, ob der Erblasserin das Vorhandensein dieses Pflichtteilsberechtigten bei der Errichtung ihres Testaments bekannt oder nicht bekannt war. Wäre ihr damals das Leben ihres vor vielen Jahren nach Amerika ausgewanderten Mannes bekannt gewesen, so würde der § 2079 mangels einer gesetzlichen Voraussetzung unanwendbar sein. Eine Anfechtung des Testaments aus § 2079 würde dann unzulässig sein und das Testament in Kraft bleiben. Dieser Fall des Bekanntseins liegt, wie beide Vorderrichter annehmen, nicht vor. Daraus folgt aber notwendig, daß der Erblasserin zur Zeit der Testamentserrichtung nicht bekannt war, daß ihr Ehemann noch lebe. Ist das der Fall, so ist die von dem Berufungsgerichte vermißte Voraussetzung für die Anwendung des § 2079 gegeben. Wenn es für ausgeschlossen erachtet wird, daß jemandem eine gewisse Tatsache bekannt ist, so zwingt das zu dem Schlusse, daß ihm die Tatsache nicht bekannt ist. Deshalb ist es irrig, wenn das OLG. ausführt, im Sinne des § 2079 sei das Nichtbekanntsein dahin aufzufassen, daß die Erblasserin bei Errichtung des Testaments von der bestimmten und deutlichen Vorstellung beherrscht gewesen sein müsse, ihr Mann sei tot. Richtig ist nur, daß, wenn die Erblasserin geglaubt hat, ihr Mann sei tot, ihr das Leben des Mannes nicht bekannt gewesen sein muß. Aber das OLG. schießt über das Ziel hinaus, wenn es sich mit der Feststellung nicht begnügt, die Erblasserin habe nicht gewußt, ihr Mann lebe noch, sondern noch weiter verlangt, daß sie ihn für bereits gestorben gehalten haben müsse. Auch wenn die Erblasserin nur von der Mutmaßung erfüllt gewesen ist, ihr Mann lebe nicht mehr, so war

ihr das Leben des Mannes eben nicht bekannt. Im ersten Entwurfe eines BGB. befanden sich im § 1782 (jetzt 2079) hinter den Worten: „bekannt war", noch die Worte: „von welchem der Erblasser insbesondere annahm, daß derselbe gestorben sei." Die Einschaltung dieser Worte bezielte nur eine Hinweisung auf einen häufiger vorkommenden Fall. (Begr. Bd. 5 S. 53). Schon bei der zweiten Lesung wurden die eingeschalteten Worte jedoch weggelassen. Die Entstehungsgeschichte zeigt also gleichfalls, daß es keinesfalls erforderlich ist, die Erblasserin müsse von der bestimmten und deutlichen Vorstellung beherrscht gewesen sein, der Uebergangene sei tot. Der § 2079 stellt keine Auslegungsregel auf, sondern gibt dem übergangenen Pflichtteilsberechtigten unmittelbar ein Anfechtungsrecht. Der gesetzgeberische Grund ist der, daß angenommen wird, der Erblasser würde wahrscheinlich so nicht verfügt haben, wenn er gewußt hätte, daß der Uebergangene noch vorhanden sei. Seine Verfügung beruhe daher auf Irrtum. In einem Falle, wie dem vorliegenden, in dem der Erblasserin wenigstens das frühere Vorhandensein eines Pflichtteilsberechtigten bekannt war, wird freilich die Erwägung nahe liegen, die Erblasserin habe auch mit der Möglichkeit gerechnet, die einmal vorhanden gewesene pflichtteilsberechtigte Person sei noch vorhanden. Die Uebergehung könnte unter solchen Umständen als eine bewußte und absichtliche erscheinen. Allein das Gesetz macht einen derartigen Unterschied je nach Gestaltung der einzelnen Fälle nicht und es ist daher auch nicht gerechtfertigt, das Anfechtungsrecht schon aus dem Grunde allein zu versagen, weil die Erblasserin, wie das OLG. annimmt, mit der Möglichkeit gerechnet habe, ihr Mann lebe noch. Der vorliegende Fall (Nichtbekanntsein des Vorhandenseins eines Pflichtteilsberechtigten) ist im § 2079 völlig gleichgestellt dem Falle, daß ein Pflichtteilsberechtigter nachgeboren wird, also einem Falle, in dem die Vermutung, der Erblasser würde bei Kenntnis der Sachlage so nicht verfügt haben, eine viel dringendere ist. Die Gleichstellung nötigt aber zu gleichmäßiger rechtlicher Beurteilung. (Urt. des IV. ZS. v. 18. Februar 1907, IV 292/06). — — — n.

888

III.

Ausstellungs- und Medaillenschwindel (§ 1 UnlWG.). Aus den Gründen: Das OLG. hat bedenkenfrei festgestellt, daß die in dem Prospekte der Beklagten enthaltenen Mitteilungen für einen größeren Kreis von Personen bestimmt waren und Angaben tatsächlicher Art, nämlich über den Besitz von Auszeichnungen, enthalten. Es hat die Angaben, die Beklagte besitze „die goldene Medaille Berlin 1896" und das „Ehrenkreuz" und „die goldene Medaille Düsseldorf 1902" für unrichtig erklärt, indem es ausführt: „Das Publikum, in dessen Hände der Prospekt gelangt sei, wisse, daß 1896 in Berlin eine große Gewerbeausstellung und 1902 in Düsseldorf eine ähnliche Ausstellung stattgefunden habe; diese Ausstellungen seien infolge ihres großen Umfanges usw. auch noch jetzt weithin bekannt, so daß man sie kurz als Ausstellung Berlin 1896 und Ausstellung Düsseldorf 1902 bezeichne. Der vernünftige Durchschnittsmensch nehme daher an, daß, wenn ein Gewerbetreibender ohne weitere Angaben oder Zusätze erkläre, er habe auf der Ausstellung Berlin 1896 und auf der Ausstellung Düsseldorf 1902 Auszeichnungen erhalten, die Auszeichnungen ihm auf jenen beiden großen Ausstellungen erteilt worden seien, und verstehe in diesem Sinne die Erklärungen auf und in dem Prospekte der Beklagten. Hiergegen könne sich die Beklagte nicht darauf berufen, daß die auf ihrem Prospekte abgebildeten Medaillen andere seien, als diejenigen, welche auf den Berliner und Düsseldorfer Gewerbeausstellungen gegeben worden seien, und daß sie überhaupt diese Ausstellungen nicht habe beschicken dürfen; denn das Publikum pflege die Verschiedenheiten in den Medaillen nicht zu kennen, und diesem sei jetzt, wie gerichtskundig, nicht mehr in der Erinnerung, daß die Beklagte, weil nicht zu den rheinisch-westfälischen Gewerbetreibenden gehörig, die Düsseldorfer Ausstellung nicht habe beschicken dürfen, und daß sie auch auf der Berliner Gewerbeausstellung ihre Erzeugnisse nicht habe ausstellen dürfen. Die Beklagte habe aber unbestritten die Auszeichnungen auf diesen Ausstellungen nicht erhalten." Diese Erwägungen konnten ohne rechtlichen Verstoß zu der Annahme des OLG. führen, die Angaben bezüglich der beiden Auszeichnungen seien unrichtig. Daran scheitert der Angriff der Revision. Das OLG. hat sich über den Charakter der Ausstellungen, auf welchen die Beklagte ihre Auszeichnungen erhalten hat, nicht ausgesprochen und brauchte sich auch hierüber nicht auszusprechen. Ferner kommt es nicht darauf an, ob die Angaben, wörtlich genommen, wahr oder unwahr sind, vielmehr ist für das, was sie sagen, der Sinn entscheidend, in welchem sie das beteiligte Publikum versteht und hiernach ist zu bemessen, ob sie wahr oder unwahr sind. Die Vorschrift des § 1 UnlWG. richtet sich gerade gegen den sog. Ausstellungsschwindel; es werden gelegentlich neben großen, bedeutsamen, in weiten Kreisen bekannten Ausstellungen an denselben Orten kleinere Ausstellungen veranstaltet, die ebenfalls Auszeichnungen gewähren; das Gesetz will aber verhindern, daß solche Auszeichnungen so angesehen werden, als seien sie auf jenen großen Ausstellungen gegeben worden. Ob die Angabe in gutem oder schlechtem Glauben gemacht ist, darauf kommt es für die Verbotsklage aus § 1 Abs. 1 nicht an. Die Beklagte konnte die Namen der Ausstellungen, auf denen sie die Medaille erhalten hat, angeben, dann wäre eine andere Auffassung des Publikums ausgeschlossen. (Urt. des II. ZS. vom 15. März 1907, II, 397/06).

913 — — — — ge.

IV.

Bevorzugung eines Gläubigers im Konkurs (KO. ä. F. § 168, n. F. § 181). Aus den Gründen: Die angefochtene Entscheidung beruht auf der Feststellung, daß der Klagewechsel in Erfüllung eines am 11. März 1897 zwischen den Parteien geschlossenen und schriftlich bestätigten Abkommens ausgestellt sei, nach dessen Inhalt der Beklagte die von der Klägerin zum Konkurse der Gebrüder K. angemeldete Forderung von 12706,86 Mk. in voller Höhe als Selbstschuldner übernommen habe. Die Firma Gebrüder K. war am 8. November 1895 in Konkurs erklärt und hat am 19. September 1899 den Gläubigern einen Zwangsvergleich von 10% vorgeschlagen, der am 2. März 1900 von der Gläubigerversammlung angenommen wurde, wobei die Klägerin für die Annahme stimmte. Mit Rücksicht hierauf hält das Berufungsgericht den Einwand des Beklagten für durchgreifend, daß das Abkommen vom 11. März 1897 dem § 181 KO. — richtiger dem gleichlautenden § 168 KO. ä. F. — widerstreite und daher nichtig sei. Die Rüge der Revision, daß hierbei diese Gesetzesstelle unrichtig angewandt sei, ist nicht berechtigt. Die Streitfrage, ob zur Anwendung des § 168 Satz 3 (ä. F.) eine objektive Bevorzugung des Gläubigers genügt, oder ob auch das Bewußtsein der Bevorzugung zu erfordern sei, ist vom 3. ZS. des RG. dahin entschieden worden, daß das Bewußtsein von der Bevorzugung bei dem bevorzugten Gläubiger oder bei dem Gegenkontrahenten, sei er nun der Gemeinschuldner selbst oder (wie hier) eine andere Person, vorhanden sein müsse. (RG. 41 S. 42). Der jetzt erkennende Senat läßt es dahingestellt, ob dieser Ansicht beizupflichten ist. Denn auch wenn die in der Entscheidung angenommenen Grundsätze festgehalten werden, können sie der Revision nicht als Stütze dienen. Das BG. stellt fest, daß es dem Inhaber der klagenden Firma gerade darauf angekommen sei, auch für den möglichen Fall eines Zwangs-

vergleichs unter allen Umständen gesichert und bevorzugt zu sein. Das Bewußtsein von der Bevorzugung der Klägerin beim Beklagten wird aber gewissermaßen schon durch das Abkommen selbst bewiesen. Denn es ist unverständlich, was der Beklagte mit der Schuldübernahme sonst beabsichtigt haben sollte, als eine Bevorzugung der Klägerin, wie der Konkurs auch immer verlaufe. Nachdem das Abkommen vorgelegt und die Angaben des Beklagten über die Geschichte seines Abschlusses vom Zeugen K. im wesentlichen bestätigt waren, wäre es mindestens Sache der Klägerin gewesen darzutun, welche andere Absichten den Beklagten denn geleitet haben sollten. Das ist aber nicht geschehen. Die Revision will aber auch die objektive Bevorzugung in Zweifel ziehen, indem sie sich darauf beruft, daß die Klägerin in dem Abkommen dem Beklagten und der Firma K. Kredite zugesagt, die Deckung der Konkursforderung also nicht ohne Gegenleistung erlangt habe. Die Tatsache ist richtig, auch vom Berufungsrichter nicht übersehen, aber nicht geeignet, das Merkmal der Bevorzugung zu beseitigen. Für dieses Merkmal ist entscheidend, ob der Einzelgläubiger für seine Konkursforderung eine Deckung oder Befriedigung erlangt, die den übrigen Gläubigern nicht zuteil wird, während darauf nichts ankommen kann, ob der Einzelgläubiger für dieses Mehr an Deckung oder Befriedigung dem, der es ihm gewährt oder zusagt, auch seinerseits Leistungen verspricht. Namentlich muß dies dann gelten, wenn diese Gegenleistung, wie im vorliegenden Falle, lediglich in einer Kreditzusage besteht. (Urt. des I. ZS. vom 13. März 1907, I 327/06). D.

912

V.

Zu § 836 BGB. Begriff der Verletzung „durch Teile eines Gebäudes". Maß der vom Besitzer des Gebäudes zu fordernden Sorgfalt. Der Kläger war beim Amtsgerichte L. als Gefangenenaufseher angestellt. Als er von einem Dienstgang in das Gefängnisgebäude zurückkehrte und durch die Flurtüre schritt, riß die Kette, an der das über der Türe befindliche Klappfenster befestigt war; das infolgedessen herabklappende Fenster traf ihn auf den Kopf. Seine Schadensersatzklage gegen den Fiskus begründete er u. a. auch durch Bezugnahme auf § 836 BGB. Das Reichsgericht führte hierzu aus: Rechtlich einwandfrei ist die Annahme, der Kläger sei durch die Ablösung eines Teiles des Gefängnisgebäudes verletzt worden. Die Kette, welche die Last des Klappfensters trug, löste sich durch Trennung ihrer Glieder und bewirkte dadurch das Abstürzen des Fensters auf den Kläger. Hiernach ist der Kläger durch das Ablösen der Kette verletzt worden. Die Verletzung muß nicht durch unmittelbare Einwirkung des abgelösten Teils auf den menschlichen Körper verursacht sein. Ebensowenig unterliegt es rechtlichen Bedenken, daß die mit dem Gebäude als bleibende Einrichtung verbundene Kette Teil des Gebäudes war. Rechtlich bedenkenfrei ist aber auch weiter die Annahme des OLG., daß der beklagte Fiskus zum Zwecke der Abwendung der Gefahr die im Verkehr erforderliche Sorgfalt beobachtet habe. Insbesondere ist einwandfrei auch insofern ein Verschulden des Beklagten verneint, als seine verfassungsmäßigen Vertreter mangels eigener Sachkunde sachverständige Baubeamte zu den periodischen Revisionen des baulichen Zustandes des Gebäudes herangezogen haben. Allerdings könnte sich der Fiskus nicht lediglich damit entschuldigen, daß die bestehenden Dienstanweisungen nur eine jährliche Revision vorschreiben, wenn durch die Anforderungen des Verkehrs eine häufigere Revision geboten gewesen wäre. Allein das Berufungsgericht hat auch unabhängig von den Dienstanweisungen vom Standpunkte der Verkehrsbedürfnisse Jahresrevisionen für ausreichend erachtet. (Urt. des IV. ZS. vom 7. Februar 1907, IV 312/06). — — — n.

890

B. Strafsachen.

I.

Ist das Aufsuchen von abgeworfenen Geweihstangen in Bayern strafbar? Bildet das sogenannte Hirschensprengen ein Jagdvergehen nach § 292 StGB.? Aus den Gründen: Das Wild mit seinen Teilen unterliegt dem ausschließlichen Aneignungsrechte des Jagdberechtigten; sein vermögensrechtliches Interesse wird geschützt. Ueber das Jagdrecht und seinen Umfang entscheidet das Landesrecht. In Bayern erstreckt sich — nach dem Jagdgesetze vom 30. März 1850 Art. 1a i. d. Fassung des AG. z. BGB. vom 9. Juni 1899 Art. 143 I — das Recht des Jagdberechtigten auch auf das Fallwild, er ist also befugt, das Geweih eines im Revier verendeten Hirsches in Besitz zu nehmen. Aber nach Naturgesetz abgeworfene Geweihstangen werden rechtlich selbständige Sachen; sie können nur durch besondere gesetzliche Vorschrift dem Jagdrecht unterworfen werden, wie das Reichsgericht (Entsch. B. 13 S. 89) ausgeführt hat. Eine solche ist in Bayern nicht erlassen. Die Aneignung abgeworfener Hirschgeweihe ist deshalb in Bayern nicht strafbar.

Wenn aber eine planmäßige menschliche Veranstaltung an die Stelle des natürlichen Entwicklungsprozesses tritt und sich diesen dienstbar macht, um Geweihteile vom Hirsche zu trennen und sie der Aneignung eines Nichtberechtigten zu unterwerfen, so liegt ein Eingriff in das Aneignungsrecht des Jagdberechtigten vor, der unter § 292 StGB. fallen kann. Ein solches Unternehmen wird dem Angeklagten nachgewiesen. Er hat unberechtigt auf fremdem Jagdgebiete Wild zum Zwecke der Gewinnung von Geweihen aufgescheucht und verfolgt: Darin liegt ein Eingriff in fremdes Jagdrecht nach § 292 StGB. Denn der Tatbestand der Vorschrift wird durch jede Handlung eines Unberechtigten erfüllt, welche auf die Okkupation von Wild, — lebend oder tot, ganz oder in Teilen, mit oder ohne Erfolg — abzielt. Die unbefugte Verfolgung von Hirschen zwecks Erbeutung ihrer Geweihstangen ist also strafbar. Das Bewußtsein, unberechtigt diese Handlung vorzunehmen, genügte zur Annahme des Vorsatzes des Angeklagten. Sein Vorgehen war planmäßig auf die Gewinnung von Hirschstangen angelegt. Damit ist der Vorsatz festgestellt. Hielt der Angeklagte seine Handlungen für keine Jagdausübung, für keine Verletzung fremden Jagdrechts, sondern für allgemein erlaubt, so war dies ein Irrtum über den Inhalt und die Tragweite des Strafrechts; dieser macht nicht straflos. (Urt. d. I. StS. v. 14. Februar 1907, D 1267/06). B.

915

II.

Erschöpfung der Anklage. (§ 263 StPO.). Dem Angeklagten waren zwei selbständige Handlungen — eine Beleidigung und eine Uebertretung nach § 360 Nr. 11 StGB. — zur Last gelegt; die Verurteilung erfolgte nur wegen Beleidigung; wegen der Uebertretung erfolgte weder Verurteilung noch Freisprechung. Aus den Gründen ist nicht klar zu entnehmen, welche Stellung das Gericht diesem Teile der Anklage gegenüber eingenommen hat. Wäre anzunehmen, daß der erkennende Richter gleichfalls zwei selbständige Handlungen angenommen und nur versehentlich einen Ausspruch über die Uebertretung unterlassen hat, so wäre insoweit das Verfahren in erster Instanz noch anhängig geblieben und könnte durch eine nachträgliche Entscheidung erledigt werden. Allein die Gründe lassen es als höchst wahrscheinlich erscheinen, daß der Erstrichter Idealkonkurrenz angenommen hat. Der Angeklagte hat aber ein berechtigtes Interesse an einem ausdrücklichen Ausspruch über die ihm zur Last gelegte Uebertretung und gegebenenfalls an der Feststellung, daß er sich ihrer nicht schuldig machte,

wenn auch im letzteren Falle — bei der Annahme der Idealkonkurrenz — eine Freisprechung von diesem Teile der Anklage in der Urteilsformel nicht zum Ausdrucke kommen durfte. Deshalb muß der erwähnte Mangel des Urteils zu dessen Aufhebung führen, da der Fehler, liegt nur eine einheitliche Tat vor, im Hinblick auf den Grundsatz ne bis in idem nicht nachträglich verbessert werden kann. (Urt. des V. StS. vom 2. April 1907, 5 D 1115/06). — — — e —

902

III.

Erstrebung eines Vermögensvorteils durch Abwendung einer Geldstrafe. (§ 283 StGB.). In der Absicht der Abwendung einer Geldstrafe kann die Absicht gefunden werden, sich einen Vermögensvorteil zu verschaffen, wenn die Tätigkeit des Angeklagten nicht ausschließlich die Abwendung des mit der Einleitung eines Strafverfahrens verbundenen moralischen Nachteils bezweckte. Der Vermögensvorteil muß aber rechtswidrig sein, wenn § 253 StGB. angewendet werden soll. Hier handelte es sich um die Zurücknahme einer Privatklage wegen Beleidigung. Der damit erstrebte Vermögensvorteil wäre nur dann rechtswidrig, wenn sich der Angeklagte einer strafbaren Beleidigung schuldig gemacht hätte. Das Urteil enthält sich aber jeden Ausspruchs darüber, ob eine strafbare Beleidigung vorlag. Da nur versuchte Erpressung in Frage kommt, hätte eine solche angenommen werden können, wenn der Angeklagte auch nur der irrigen Meinung gewesen, die gegen ihn erhobene Privatklage sei begründet. Allein eine derartige Gestaltung des Falles hätte erst recht des durchaus fehlenden Nachweises und der Begründung bedurft. (Urt. des V. StS. v. 19. März 1907, 5 D 1151/06).

899 — — — e —

IV.

Kollektivdelikt — fortgesetztes Delikt. (§ 181 StGB.). Das Urteil sieht als erwiesen an, daß während mehrerer Monate die zwei Töchter der Angeklagten in deren Wohnung wiederholt mit Männern geschlechtlich verkehrten, stellt aber nur eine einheitliche, gewohnheitsmäßig begangene Straftat fest, faßt also die verschiedenen Tätigkeitsakte der Angeklagten zur Einheit eines Kollektivdelikts zusammen. Nach § 181 StGB. ist aber unter den daselbst bezeichneten Voraussetzungen derjenige strafbar, der der Unzucht . . . Vorschub leistet, ohne Rücksicht darauf, ob er dabei gewohnheitsmäßig oder aus Eigennutz handelt. Daraus folgt, da die Gewohnheitsmäßigkeit im § 181 weder ein strafbegründender noch ein straferhöhender sondern ein für den Tatbestand unerheblicher Umstand ist, die rechtliche Unmöglichkeit, die einzelnen, den Tatbestand schon vollständig verwirklichenden Tätigkeitsakte auf Grund einer vorliegenden Gewohnheitsmäßigkeit zu der Einheit eines Kollektivdelikts zusammenzuziehen (vgl. E. 6 S. 132). In allen diesen Fällen stehen die einzelnen Tätigkeitsakte im Verhältnisse der Realkonkurrenz zueinander, es sei denn, daß der Tatrichter — bei gegebener Voraussetzung — sie zu der juristischen Einheit eines fortgesetzten Delikts zusammenfaßt. (Urt. des V. StS. vom 19. März 1907, 5 D 1199/06).

901 — — — e —

V.

Voraussetzung der Einziehung nach § 40 StGB. Eigentumsübergang bei einem unter § 134 BGB. fallenden Geschäfte. Nach dem Urteile hat N. von dem Angeklagten in dessen Buchhandlung zwei Ansichtspostkarten unzüchtiger Art gekauft und übergeben erhalten. Sie waren deshalb zur Begehung eines vorsätzlichen Vergehens gebraucht. Ihre Einziehung wäre also zulässig gewesen, wenn sie z. B. der Urteilsfällung dem Angeklagten als Täter oder einem Teilnehmer der Tat gehörten. Zunächst gehörten die Karten dem Angeklagten nicht mehr, da er sie verkauft hatte. Allerdings verstieß der Verkauf gegen ein gesetzliches Verbot und war deshalb nach § 134 BGB. nichtig. Allein die Nichtigkeit ergreift nur das durch den Kauf begründete obligatorische Rechtsverhältnis. Die auf sachenrechtlichem Gebiete liegenden Erfüllungsgeschäfte werden von der Verbotswidrigkeit oder der Unsittlichkeit des ihnen zugrunde liegenden Kausalgeschäfts nicht in dem Sinne beeinflußt, daß auch sie deswegen nichtig wären (RGE. in ZS. Bd. 63 S. 185). Die Postkarten gehörten demnach dem Käufer; daß dieser als Teilnehmer der dem Angeklagten zur Last gelegten Handlung anzusehen ist, kann dem Urteile nicht entnommen werden. Die angeordnete Einziehung der Karten konnte nicht aufrecht erhalten werden, war vielmehr in analoger Anwendung des § 394 StPO. dem Antrage des Oberreichsanwalts entsprechend zu streichen, da eine anderweite Feststellung nach der Sachlage ausgeschlossen ist. (Urt. des V. StS. v. 19. März 1907, 5 D 1200/06).

900 — — — e —

VI.

Kann derjenige wegen Hehlerei durch Ansichbringen und Verheimlichen gestraft werden, der von der Verwendung gestohlener Sachen erst nach deren Einfügung in das von ihm herzustellende, einem Dritten gehörende Gebäude Kenntnis erhält? (§ 259 StGB). Die gestohlenen Latten sind in einem fremden Gebäude bei Herstellung einer Decke verwendet worden, deren Ausführung der Angeklagte durch Werkvertrag übernommen hatte. Das hatte der Angeklagte von vornherein weder angeordnet noch bewußt durch Unterlassung gegenteiliger Anordnungen zugelassen; er erlangte vielmehr von der in seinem Nutzen erfolgten Verwendung erst Kenntnis, als die Latten bereits „angenagelt" waren. Darnach war Besitz und Verfügungsgewalt des Angeklagten durch die in seinem Erwerbsgeschäft tätigen Personen für ihn ohne sein Wissen erlangt worden (§ 855 BGB.). Stellt das Annageln ein Einfügen in das fremde Gebäude dar, so würde dadurch Eigentum und auch die tatsächliche Verfügungsgewalt des Gebäudeeigentümers begründet (§ 94 Abs. 2, § 946 BGB.), diejenige des Angeklagten aber wieder aufgehoben worden sein. Daran ändert der Umstand nichts, daß die Abnahme des Werkes noch nicht erfolgt war, denn diese vermittelt weder Eigentumsübergang noch Besitzübertragung, äußert vielmehr nur Wirkungen in bezug auf das Vertragsverhältnis (§§ 640 ff. BGB.).

Im Falle der Verbindung der Latten mit dem Gebäude vor deren Entdeckung durch den Angeklagten würde dieser sonach die gestohlene Sache dolos überhaupt nicht innegehabt haben. Die nachträgliche Genehmigung der Handlungen der Arbeiter, die Billigung und Ausnützung der dem Angeklagten aus diesen erwachsenen Vorteile kann die Verantwortung des Angeklagten für jene Handlungen nicht rückwirkend begründen. Ebensowenig steht die im Zeitpunkt der Entdeckung der Latten unterbliebene Beseitigung des von Dritten geschaffenen Zustandes, das Unterlassen des Abreißens und die Zurückverbringung, worin das Urteil den strafbaren Erwerb erblickt, dem letzteren gleich, denn eine positive Rechtspflicht besteht nur dahin, den Erwerb von Sachen verbrecherischer Herkunft abzulehnen, nicht auch dahin, die zum Vorteil erfolgte Verwendung solcher Sachen rückgängig zu machen; auch stand, wenn die Latten durch Einfügung Eigentum des Grundeigentümers geworden waren, dem Angeklagten die Befugnis gar nicht zu, so zu handeln, wie das Urteil es fordert. Hat also der Angeklagte, wie anzunehmen, von der Verwendung der gestohlenen Latten erst Kenntnis erhalten, nachdem diese dem Gebäude eingefügt waren, so ist eine Verhehlung durch Ansichbringen ausge-

schlossen. Von dem Zeitpunkte der Verbindung an ist dies aber auch hinsichtlich der Verheimlichung der Fall. Eine gestohlene Sache, an der zufolge der Vorschriften über Verbindung das Eigentum eines Dritten unanfechtbar begründet ist, deren Herausgabe deshalb weder mit der Eigentumsklage noch mit sonstigen Rechtsmitteln gefordert werden kann, hat den ihr naheftehenden Mangel strafbaren Erwerbs eingebüßt und kann nicht Gegenstand der Hehlerei sein (vgl. Entsch. Bd. 25 S. 402). Der frühere Eigentümer kann freilich auf Grund seines beschränkten und bedingten Wegnahmerechts die verbundene Sache abtrennen und sich von neuem aneignen (§§ 951, 997, 258 BGB.). Dieses Recht ist aber obligatorisch und hindert den neuen Eigentümer nicht, über die verbundene Sache während der Verbindung und nach deren Aufhebung zu verfügen. Die Vereitelung dieses Rechtes durch einen Dritten in der eigennützigen Absicht, sich vor Schadensansprüchen, sei es des früheren, sei es des gegenwärtigen Eigentümers zu schützen, kann daher der Aufrechthaltung des durch die strafbare Handlung für die Sache geschaffenen widerrechtlichen Zustandes nicht gleichgeachtet werden, vielmehr hat dieser Zustand als mit der Verbindung endgültig beendet zu gelten. (Urt. des V. StS. vom 9. April 1907, 5 D 1139/06). ———e—

896

Oberstes Landesgericht.

A. Zivilsachen.

I.

Vorläufige Vormundschaft. Einfluß des Entmündigungsgrundes. (BGB. § 1906). F. H. hat beim Amtsgericht die Entmündigung seines 1827 geborenen Bruders Ch. H. wegen Geistesschwäche und dessen Stellung unter vorläufige Vormundschaft beantragen lassen, weil er infolge seines vorgerückten Alters in Geistesschwäche verfallen sei und sich von der 1866 geborenen ledigen Köchin L. H., die es auf sein Vermögen abgesehen habe, zu dem Entschlusse habe bestimmen lassen, sie zu heiraten. Das Amtsgericht hat den Anträgen stattgegeben. Auf Beschwerde des Ch. H. hat das LG. die Verfügung des Vormundschaftsgerichts aufgehoben. Die weitere Beschwerde des F. H. wurde unter nachstehender Begründung zurückgewiesen.

Die vorläufige Vormundschaft soll der Gefahr vorbeugen, daß derjenige, dessen Entmündigung beantragt ist, während der Durchführung des Verfahrens Rechtshandlungen vornimmt, die Nachteile für seine Person oder sein Vermögen mit sich bringen. § 1906 BGB. macht deshalb die Anordnung der Maßregel nur davon abhängig, daß die Entmündigung beantragt ist und das Vormundschaftsgericht die vorläufige Vormundschaft zur Abwendung einer erheblichen Gefährdung der Person oder des Vermögens des zu Entmündigenden für erforderlich erachtet. Des Nachweises eines Entmündigungsgrundes bedarf es nicht, die Anordnung der Maßregel darf deshalb nicht schon deswegen abgelehnt werden, weil ein Entmündigungsgrund nicht nachgewiesen ist. Daraus folgt aber nicht, daß das Gericht sich mit der Frage nach seinem Vorhandensein überhaupt nicht zu befassen hat. Sie kann nach den Umständen von Bedeutung für die Annahme einer erheblichen Gefährdung sein, sofern es dafür an zureichendem Grunde fehlt, wenn von vorneherein nicht zu erwarten ist, daß es zur Entmündigung kommen werde, und bei einer an sich nicht als gefährdend erscheinenden Handlung erst deren Zusammenhang mit einem Entmündigungsgrunde Anlaß zur Besorgnis eines erheblichen Nachteils geben mag. Von dieser Auffassung ist das LG. ausgegangen, indem es in dem Vorhaben des hochbejahrten Ch. H., eine Frauensperson gesetzten Alters zu heiraten, um sich für den Rest seines Lebens sorgsame Pflege zu sichern, an sich eine Gefährdung der Person oder des Vermögens des Ch. H. nicht erblickt und eine Beeinflussung des Entschlusses des Ch. H. durch einen die Entmündigung rechtfertigenden Zustand von Geistesschwäche deswegen nicht angenommen hat, weil das Bestehen eines solchen Zustandes aus den vorgelegten Gutachten nicht zu entnehmen sei. (Beschl. des I. ZS. vom 8. März 1907, Reg. III. 18/1907). W.

860

II.

Bayer. Gebührenordnung für Rechtsanwälte in Angelegenheiten der Rechtspflege Art. 15 Abs. 3, Art. 27 Abs. 1. In den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit ist bei nicht vermögensrechtlichen Ansprüchen die für den Ansatz der Gerichtsgebühren getroffene Wertsfestsetzung für die Berechnung der Gebühren des Rechtsanwalts nicht maßgebend und deshalb für ihn auch nicht anfechtbar. In der Vormundschaft über die 17jährige Maria S., die ein Vermögen von 9700 Mk. besitzt, hat das Vormundschaftsgericht den für die Mündel vom Rechtsanwalt S. gestellten Antrag auf Ersetzung der Einwilligung des Vormunds zur Eheschließung mit dem Wirt J. A. abgewiesen. Die Beschwerde wurde vor der Verbescheidung zurückgenommen. Am 29. Januar 1907 hat das Landgericht M. nach Art. 43, 39 GebG. und § 10 GKG. den Wert des Beschwerdegegenstandes auf 500 Mk. festgesetzt. Rechtsanwalt S. hat im eigenen Namen Beschwerde mit dem Antrag eingelegt, den Wert auf 2000 Mk. festzusetzen. In der Beschwerdeschrift ist unter Hinweis auf § 10 GKG. ausgeführt, daß kein Anlaß gegeben sei von dem regelmäßig als Wert anzunehmenden Betrage von 2000 Mk. abzugehen, weil der Verlobte der Maria S. ein schönes Anwesen und ein gut gehendes Geschäft besitze. Die Beschwerde wurde als unzulässig verworfen.

Aus den Gründen: Die Beschwerde geht von der unrichtigen Annahme aus, daß die angefochtene Entscheidung für die Gebührenforderung des Beschwerdeführers maßgebend sei. Der Rechtsanwalt hat für die Berufstätigkeit in der freiw. Gerichtsb. Vergütung nach den Art. 5 bis 15 der VO. vom 26. März 1902 (GVBl. 1902 S. 133 ff.) zu beanspruchen. Nach Art. 27 Abs. 1 finden in den Fällen der Art. 4 bis 26 die Vorschriften der §§ 11, 12 RAGO. entsprechende Anwendung, soweit nicht ein anderes bestimmt ist. In der Regel ist deshalb der für den Ansatz der Gerichtsgebühren nach Art. 43 ff. GebG. festgesetzte Wert des Gegenstandes des Verfahrens auch für die Berechnung der Gebühren des Rechtsanwalts maßgebend und dem Rechtsanwalt steht ebenso wie dem Zahlungspflichtigen und der Staatskasse gegen die gerichtliche Entscheidung über die Wertfestsetzung das Recht der Beschwerde nach Art. 46 ff. GebG. zu. Ein anderes ist jedoch für den Fall bestimmt, daß der Gegenstand des Verfahrens, in dem der Rechtsanwalt tätig geworden ist, einer Schätzung nach Geld nicht fähig ist. Während nach Art. 39 GebG. die Wertfestsetzung für die Berechnung der Gerichtsgebühren nach der entsprechend anzuwendenden Vorschrift des § 10 GKG. erfolgt, der Wert also zu 2000 Mk., ausnahmsweise niedriger oder höher, jedoch nicht unter 200 Mk. und nicht über 50000 Mk. anzunehmen ist, hat der Rechtsanwalt nach Art. 15 Abs. 2, 3 der VO. eine Gebühr zu beanspruchen, die nach einem Werte von 200 bis 50000 Mk., und wenn das Geschäft für den Auftraggeber ausnahmsweise von besonders hoher Bedeutung ist, nach einem Werte bis zu 100000 Mk. zu berechnen ist. Die Anwendung des § 10 GKG. ist durch Art. 15 der VO. im Gegensatze zu § 10 RAGO. ausgeschlossen worden, um die Wertberechnung bei nicht vermögensrechtlichen Angelegen-

heiten den Besonderheiten des einzelnen Falles anzupassen und zu verhüten, daß trotz ihrer in der Regel geringeren Bedeutung für sie ein Durchschnittswert von 2000 Mk. angenommen werde. In den Fällen des Art. 15 Abs. 3 kann deshalb die für den Ansatz der Gerichtsgebühren getroffene Wertfestsetzung nicht als Maßstab für die Berechnung der Anwaltsgebühren dienen, der § 11 RAGO. ist nicht anwendbar und damit entfällt auch das dem Rechtsanwalt im § 12 gewährte Beschwerderecht; zur Anfechtung der seine Gebührenforderung nicht berührenden Entscheidung ist der Rechtsanwalt nicht berechtigt. (Beschl. vom 19. Februar 1907, Reg. III Nr. 13/1907).

833

III.

Gebührenpflicht bei Uebertragung des ganzen Vermögens einer Gesellschaft auf eine andere, wenn zu dem übertragenen Vermögen Grundstücke gehören. Ist auch in diesem Falle die Umschreibung des Besitztitels im Hypothekenbuche vom Nachweis der Entrichtung einer besonderen Besitzveränderungsgebühr abhängig? (GebG. ä. F. Art. 113, 213, 261).[1]) Eine Aktiengesellschaft übertrug ihr Vermögen als Ganzes auf eine andere, die aus diesem Anlaß ihr Grundkapital erhöhte. Die Liquidation des Vermögens der aufzulösenden Gesellschaft sollte vereinbarungsgemäß unterbleiben. Die genehmigenden Beschlüsse der Generalversammlungen sind eingetragen. Für den Uebertragungsvertrag ist die Gebühr zu 3‰ und für den Beschluß der Generalversammlung der übernehmenden Gesellschaft über die Erhöhung des Grundkapitals die Gebühr zu 2‰ gezahlt. Eine besondere Besitzveränderungsgebühr war nicht angesetzt. Die Gesellschaft beantragte bei dem Hypothekenamt die Umschreibung des Besitztitels für ein zu dem übertragenen Gesellschaftsvermögen gehörendes Anwesen auf ihren Namen. Das Hypothekenamt wies den Antrag ab; die Beschwerde hatte keinen Erfolg. Auch die weitere Beschwerde wurde zurückgewiesen aus folgenden Gründen: Nach dem GebG., das hier in der Fassung der Bek. vom 6. Juli 1892 anzuwenden ist, wird der Uebergang des Eigentums an einem Grundstücke durch Erhebung einer nach dem Werte des Gegenstandes zu bemessenden Gebühr besteuert. Die Gebühr für den Eigentumsübertragungs-Vertrag ist im Art. 113 Ziff. 1 und für gewisse besondere Fälle im Art. 114 festgesetzt; im Art. 213 wird für eine Besitzveränderung, die „infolge von Beschlüssen oder Entscheidungen der Behörden, im Erbgang oder auf sonstige Weise“ stattfindet, die Erhebung der im Art. 214 bestimmten Gebühr mit der im Abs. 2 enthaltenen Einschränkung angeordnet, daß diese Gebühr nur zu entrichten ist, wenn „nicht bereits eine mit der verhältnismäßigen Gebühr bewertete Vertragsurkunde vorliegt“. In dem Beschlusse vom 29. Oktober 1902 hat der II. ZS. ausgesprochen, daß auf einen Vereinigungsvertrag im Sinne des § 306 HGB., dessen Besteuerung übrigens nicht Gegenstand der Entscheidung war, Art. 113 Ziff. 1 nicht Anwendung finde, weil Gegenstand des Vertrags nicht die einzelnen Bestandteile des Vermögens der sich auflösenden Gesellschaft seien, sondern ihr Vermögen als Ganzes auf die aufnehmende Gesellschaft übergehe, wodurch „wie beim Erbgange“ der Eigentumsübergang sich „mit Rechtsnotwendigkeit“ vollziehe. Mit der Frage, ob auf diesen Eigentumsübergang nicht ebenso wie im Falle des Erbgangs Art. 213 Anwendung finde, hat er sich nicht befaßt. Bei dem Abdrucke des Beschlusses in den Bl. f. d. bayer. Finanzwesen hat die Redaktion (S. 78 unten) bemerkt, für den Eigentumsübergang der Gesellschaftsimmobilien werde die Besitzveränderungsgebühr zu erheben sein. Es ist in der Tat unmöglich, die Besteuerung nach Art. 213, dessen Wortlaut auch den durch Gesamtrechtsnachfolge eintretenden Eigentumsübergang umfaßt und der den wichtigsten Fall dieser Art, die im Erbgang eintretende Besitzveränderung, ausdrücklich anführt, bei dem durch Vereinigung von Aktiengesellschaften erfolgenden Eigentumsübergange deswegen für ausgeschlossen zu erachten, weil die Vereinigung eine Gesamtrechtsnachfolge bewirkt. Ebenso haltlos ist die Ansicht, daß im Abs. 2 des Art. 213 unter „der verhältnismäßigen Gebühr“ jede sich nach dem Werte des Gegenstandes bestimmende Gebühr zu verstehen sei. Wortlaut und Zweck des Abs. 2 lassen keinen Zweifel darüber zu, daß die verhältnismäßige Gebühr, neben der die Besitzveränderungsgebühr nicht erhoben werden soll, die für vertragsmäßige Besitzveränderung bestimmte Gebühr ist. Der Eigentumsübergang soll im Falle rechtsgeschäftlicher Uebertragung des Eigentums nicht zweimal besteuert werden. Der Art. 249 Abs. 1 n. F. hat, indem er in dem die Doppelbesteuerung ausschließenden Vorbehalt auf die Art. 118, 146 n. F. verweist, nur den Ausdruck des Art. 213 ä. F. geändert. Inwiefern Art. 118 Abs. 5 ä. F. in Betracht kommen soll, ist unverständlich. Der Beschluß der Generalversammlung der beschwerdeführenden Gesellschaft enthält nicht eine Verfügung über die Grundstücke der aufzulösenden, die Verfügung über deren Vermögen ist in dem Vereinigungsvertrage getroffen worden; an dem Beschlusse der Generalversammlung der beschwerdeführenden Gesellschaft hat die aufzulösende Gesellschaft überhaupt nicht teilgenommen. Es kann deshalb dahingestellt bleiben, ob die von der Beschwerdeführerin beanspruchte Anrechnung nicht nach Art. 311 Satz 2 in Verbindung mit Art. 150 Abs. 5 n. F. ausgeschlossen sein würde. Die Umschreibung ist demnach mit Recht abgelehnt worden. (Beschluß vom 14. Dezember 1906 [I. ZS.] Reg. III Nr. 83/1906). K.

818

[1]) Bezüglich der Gebührenpflicht unter der Herrschaft des Grundbuchrechtes s. GebG. n. F. Art. 249, 288, 289.

B. Strafsachen.

Anwendung des § 79 StGB. in einem Falle der Wiederaufnahme des Verfahrens. G. Z. wurde vom Schöffengerichte St. am 11. Mai 1905 wegen eines am 6. Oktober 1903 verübten Diebstahls zu vier Monaten Gefängnis verurteilt, auf seine Berufung wurde er vom Landgerichte R. durch ein rechtskräftig gewordenes Urteil vom 5. August 1905 unter Aufhebung des schöffengerichtlichen Urteils freigesprochen. Die Freisprechung erfolgte auf Grund der Aussage eines von Z. zum Meineid angestifteten Zeugen. Das Schwurgericht A. verurteilte am 28. September 1906 den Z. wegen eines im Mai 1905 verübten Verbrechens der unternommenen Meineidsverleitung und wegen eines in der Zeit vom 28. Mai bis 3. Juni 1905 und am 5. August 1905 begangenen Verbrechens der Anstiftung zum Verbrechen des Meineids zur Gesamtstrafe von fünf Jahren Zuchthaus. Strafbeginn: 28. September 1906. Der Zeuge wurde ebenfalls verurteilt. Das Landgericht R. hob daraufhin im Wiederaufnahmeverfahren mit rechtskräftigem Urteil vom 6. Februar 1907 das Urteil vom 5. August 1905 auf und verwarf die Berufung des Z. gegen das Urteil des Schöffengerichts vom 11. Mai 1905. Den Antrag des Staatsanwalts, die gegen Z. wegen Diebstahls ausgesprochene viermonatige Gefängnisstrafe und die beiden vom Schwurgericht festgesetzten Einzelstrafen von zwei und vier Jahren Zuchthaus auf eine Gesamtstrafe zurückzuführen, lehnte das Landgericht A. ab, da die frühere Verurteilung im Sinne des § 79 StGB. die Verurteilung vom 11. Mai 1905 sei, die durch das Schwurgericht abgeurteilten Straftaten aber erst nach dieser früheren Verurteilung begangen seien.

Der Beschluß wurde aufgehoben mit der Begründung: Die Annahme der Strafkammer, daß die „frühere Verurteilung“ die vom Schöffengerichte St. am 11. Mai 1905 ausgesprochene sei, ist unstichhaltig. Das Urteil vom 11. Mai 1905 hat durch das

rechtskräftige Urteil des Landgerichts N. vom 5. August 1905 sein rechtliches Dasein verloren (Entsch. Bd. 33 S. 231). In dem Zeitpunkt, in dem das Schwurgericht die oben bezeichneten beiden Verbrechen aburteilte, bestand rechtlich eine „frühere" Verurteilung wegen Diebstahls nicht. Als die Strafkammer des Landgerichts N. im Wiederaufnahmeverfahren die Anklage wegen Diebstahls ihrer Beurteilung neuerdings unterstellte, war die vom Schwurgericht ausgesprochene Gesamtzuchthausstrafe weder verbüßt, noch verjährt, noch erlassen. Es ist hiernach eine Gesamtstrafe zu bilden. (Beschl. vom 5. April 1907, Beschw.Reg. 217/07).
906 —ch.

Oberlandesgericht München.

I.

Verfügungen der Frau über das Eigentum des Mannes genießen (guten Glauben des Erwerbers vorausgesetzt) den Schutz des § 932 BGB. Zu den Begriffen „Abhandenkommen" und „guter Glaube". Der Kläger lebt seit Jahren von seiner Frau getrennt. Letztere hat ihrer Tochter, der Stieftochter des Klägers, bei deren Verheiratung eine Kuh, ein Bett, 2 Kästen usw. als Aussteuer gegeben. Diese Gegenstände verlangt der Kläger als sein Eigentum zurück. Die Klage wurde abgewiesen. Die Berufung machte geltend, die Kuh gehöre nach dem BayLR. Tl. I Kap. 6 § 21 zum Eigentum des Klägers und an den übrigen Gegenständen habe er, da Errungenschaftsgemeinschaft bestanden habe, wenigstens Miteigentum. An diesen Eigentumsverhältnissen sei durch die Ueberleitung der Errungenschaftsgemeinschaft in den gesetzlichen Güterstand des BGB. nichts geändert worden. Die Berufung wurde zurückgewiesen aus folgenden Gründen:

Der Kläger bestritt die Wirksamkeit der von seiner Frau über sein Eigentum getroffenen Verfügung. Eine solche habe Eigentum auf die Beklagte nicht übertragen können. Dieser Schluß geht jedoch fehl. § 185 BGB. behandelt, von 2 Sonderfällen abgesehen, nur den Einfluß der Einwilligung oder Genehmigung des Berechtigten auf die Wirksamkeit der Verfügung eines Nichtberechtigten. Die Anwendung sonstiger Vorschriften, welche eine Verfügung gedachter Art dem Berechtigten gegenüber wirksam werden lassen, wird durch § 185 nicht ausgeschlossen, es haben also namentlich auch die Bestimmungen zugunsten des gutgläubigen Erwerbers ohne weiteres Geltung. Gemäß § 932 BGB. wird durch die zum Zwecke der Eigentumsübertragung erfolgte Uebergabe der Sache der Erwerber auch dann Eigentümer, wenn die Sache dem Veräußerer nicht gehört, es müßte denn der Eigentümer dartun, daß ihm die Sache abhanden gekommen sei (§ 935 Abs. 1) oder daß der Erwerber zur Zeit des Besitzerwerbes nicht in gutem Glauben war (§ 932, Abs. 1 und 2). Keiner dieser Fälle schlägt hier ein. Dem Kläger sind die Sachen nicht dadurch „abhanden" gekommen, daß seine Frau unberechtigt darüber verfügte. Er hatte sie schon aus der „Hand" gegeben, als er sie bei der Trennung von der Frau auf ihrem Anwesen zurückließ. Blieb er auch mittelbarer Besitzer (§ 868), so war doch der unmittelbare Besitz, die tatsächliche Verfügungsgewalt bei der Frau, und zwar mit dem Willen des Klägers. Die Beklagte bestreitet, je anderes gewußt zu haben, als daß die Sachen ihrer Mutter gehörten. Sie hat auch durch ihre Erklärung, wohl zu wissen, daß der Kläger in früherer Zeit die Urahne der Kuh durch Kauf erworben hatte, nicht aber zu wissen, aus wessen Mitteln die Anschaffung erfolgte, nicht das Gegenteil des guten Glaubens zugegeben, sondern das behauptete Recht des Klägers selbst in Frage gestellt. Den Kläger trifft demnach in Ansehung des mangelnden guten Glaubens die Beweispflicht. Er hat dieser Aufgabe nicht genügt. Um sein Eigentum darzulegen, beruft er sich im allgemeinen auf gesetzliche Bestimmungen des älteren Rechts, die ihre Kraft auch unter dem übergeleiteten Güterstande bewahrt haben sollen. Er fordert also, und zwar auf einem sehr bestrittenen Gebiete, von der bäuerlichen Beklagten eine Gesetzeskunde, die ihr nicht zugemutet werden darf. Ein Rechtsirrtum könnte ihr darum auch nicht als „grobe Fahrlässigkeit" angerechnet werden. (Planck Bd. III Anm. 2 2. Abs., a. E. zu § 932). Auch die tatsächlichen Verhältnisse des Falles sind nicht dazu angetan, die angeblichen Rechte des Klägers für jedermann sofort erkennbar zu machen. Er hat sich geraume Zeit um das Besitztum der Frau nicht mehr gekümmert und über die zurückgelassenen Sachen keine ersichtliche Herrschaft mehr ausgeübt. Die auf dem Anwesen gezogene Kuh durfte daher von einem Dritten wohl für ein der wirtschaftenden Eigentümerin gehörendes Zubehörstück gehalten werden; die übrigen Gegenstände, insbesondere die Erzeugnisse häuslicher Arbeit (Flachs, Tuch), lassen schon ihrer Natur nach auf Zugehörigkeit zum Frauengut schließen. Daher ist für die Annahme kein Raum, daß der Beklagten bekannt oder infolge grober Fahrlässigkeit unbekannt war, daß die Sachen nicht ihrer Mutter gehörten.

Die Rechtsregel des § 932 BGB. erleidet auch nicht dadurch eine Ausnahme, daß hier die Ehefrau als Nichtberechtigte ohne Einwilligung oder Genehmigung des Berechtigten eine Verfügung traf. Allerdings drängt sich hier ein Bedenken auf. Hätte die Frau in solcher Weise über Sachen verfügt, die nicht ihrem Manne gehörten, sondern ihr eingebrachtes Gut, also ihr Eigentum waren, so wäre die Eigentumsübertragung zufolge §§ 1395, 1404 BGB. auch dem gutgläubigen Erwerber gegenüber unwirksam geblieben (vgl. Planck, Bd. IV Anm. 1 zu § 1404; Staudinger, Bd. IV Anm. IV 1 zu § 1404). Der Dritte wäre demnach schlechter gestellt, wenn die Frau ohne Einwilligung des Mannes über ihr Eigentum verfügte, als er gestellt wäre, wenn sie unberechtigterweise über ihres Mannes Eigentum Verfügung traf. Diese anscheinende Folgewidrigkeit könnte zu dem Zweifel Anlaß geben, ob nicht hier der gute Glaube der Beklagten sich eben die rechtliche Beurteilung gefallen lassen müsse, die am Platze wäre, wenn ihre Vorstellung von dem Eigentum ihrer Mutter sich in Richtigkeit verhielte (ähnlich für einen verwandten Fall Dr. Heinsheimer im „Recht" Bd. 5 S. 609), d. h. ob nicht trotz des guten Glaubens der Beklagten die Frage des Eigentumserwerbs ebenso zu verneinen sei, wie es hätte geschehen müssen, wenn die Sachen zum eingebrachten Gut der Frau gehörten. Dem kann jedoch nicht so sein; denn es wäre irrig, die Vorschriften des § 1404 BGB. auf einen Tatbestand anzuwenden, der nicht in Wirklichkeit, sondern nur in der Vorstellung der Partei sein Dasein findet. Das Bedenken schwindet übrigens bei folgender Erwägung: § 1404 bezweckt einen besonderen Schutz des Mannes in seiner Eigenschaft als Verwalter und Nutznießer des eingebrachten Gutes; er gilt nicht bei Verfügungen der Frau über das Gesamtgut der ehelichen Gütergemeinschaft, vielmehr finden hier die allgemeinen Grundsätze über die Verfügungen eines Nichtberechtigten Anwendung. Noch weniger als beim Gesamtgute bedarf aber der Mann für sein Eigentum Dritten gegenüber eines solchen Schutzes. Im gesetzlichen Güterstande bleibt die Frau dem Vermögen des Mannes völlig fremd; sie kann also niemals als Frau, sondern gleich jedem anderen nur beim Hinzutreten besonderer Umstände (auf Grund einer Vollmacht, bei Begehung einer unerlaubten Handlung) in die Lage kommen, darüber zu verfügen. In einem solchen Falle wäre es aber geradezu unbillig, zuungunsten des redlichen Erwerbers eine im Gesetze nicht vorgesehene Ausnahme von der Regel des § 932 zuzulassen. (Urteil des III. ZS. vom 5. April 1907).
879 Lt.

II.

Scheidung trotz Klagezustellung vor Ablauf des Herstellungsjahres. (§ 1567 BGB.). F. erwirkte gegen seine Ehefrau Urteil auf Herstellung der häuslichen Gemeinschaft, das am 24. Juni 1905 rechtskräftig wurde. Schon am 18. Juni 1906 wurde die Scheidungsklage wegen Nichtbefolgung dieses Urteils der Beklagten zugestellt, anscheinend um noch einen Verhandlungstermin vor den Gerichtsferien zu erlangen. Die Beklagte ließ durch ihren Anwalt im Termin vom 6. Juli 1906 Urteil nach Sachlage beantragen und die Rückkehrweigerung wiederholen. Das Gericht verwies jedoch gemäß § 139 ZPO. den Kläger auf die RGE. in ZS. Bd. 60 S. 195, worauf die Klage am 4. Sept. 1906 zurückgenommen wurde. Am 21. Okt. 1906 wurde aber wieder Scheidungsklage wegen böslicher Verlassung erhoben und von der Beklagten die nämliche Erklärung wie im Vorprozeß abgegeben. Das Landgericht wies unter Bezugnahme auf die angeführte RGE. die Klage ab, weil der Kläger nicht während eines vollen Jahres aufnahmebereit gewesen sei, was die Zustellung der ersten Scheidungsklage klar beweise. Die Berufung hatte Erfolg.

Aus den Gründen: Es ist in zweiter Instanz von beiden Parteivertretern in glaubhafter Weise versichert worden, daß die verfrühte Erhebung der vom 6. Juni 1906 datierten Scheidungsklage ohne Wissen des Klägers erfolgt ist und daß er erst gelegentlich des Termins vom 6. Juli vom Stande seiner Angelegenheit Mitteilung erhielt. Bei Uebertragung des Mandats an seinen Vertreter durfte der Kläger darauf rechnen, daß der richtige Zeitpunkt für die Erhebung der Scheidungsklage gewählt werde; — Vorschriften hierüber konnte und durfte er nicht machen. Das Vorgehen des Vertreters hat sohin den Aufnahmewillen des Klägers nicht ausgeschlossen. Vom Bestehen oder Nichtbestehen des Aufnahmewillens des verlassenen Eheteils aber hängt es ab, ob das Verhalten des die Rückkehr weigernden Gatten rechtswidrig ist; der vorzeitigen prozessualen Kundgebung des Klägers kann hiernach nicht das Uebergewicht über dessen wirkliche persönliche Willensrichtung zugestanden werden. Dafür, daß die Streitsteile vereinbarungsgemäß die Scheidung herbeizuführen unternommen haben, bestehen keine Anhaltspunkte; die vorzeitige Klagezustellung spricht gegen eine Kollusion. — (Das Urteil wurde durch beiderseitigen Revisionsverzicht rechtskräftig). — (Urt. vom 8. April 1907, N 32/07 IV).

904 N.

Oberlandesgericht Bamberg.

Löschung eines Gebrauchsmusters. Klageänderung beim Uebergang von Abs. 2 auf Abs. 1 des GebrMG. Es handelt sich um den Anspruch auf Einwilligung in die Löschung eines vom Beklagten angemeldeten Gebrauchsmusters für eine mittels eines Klappbandes umlegbare Schulbank. Die Klage war auf § 6 Abs. 2 des GebrMG. vom 1. Juni 1891 gestützt, weil der Beklagte den wesentlichen Inhalt seiner Gebrauchsmustereintragung widerrechtlich aus dem der Klägerin vorher erteilten Patente für den gleichen Gegenstand entnommen habe und daher im Hinblick auf § 4 Abs. 3 a. a. O. der Klägerin als der Verletzten ein Anspruch auf Löschung zustehe. Im Laufe des Rechtsstreits in I. Instanz wurde von der Klägerin weiter geltend gemacht, daß der Anspruch auf Löschung auch darauf gestützt werde, daß das Muster zur Zeit seiner Anmeldung nicht neu gewesen sei; es sei schon damals in öffentlichen Druckschriften beschrieben und auch im Inlande offenkundig benutzt gewesen. Es wurde sohin die Klage auch auf Abs. 1 des § 6 a. a. O. gegründet, weil die Erfordernisse des § 1 a. a. O. nicht vorlagen. Der Beklagte erhob gegen die Behauptung, daß sein Modell im Inlande offenkundig benutzt worden sei, den Einwand der unzulässigen Klageänderung. Der Erstrichter hat der Klage stattgegeben auf Grund der §§ 6, 4 Abs. 3 und § 1 Abs. 2 a. a. O., weil der wesentliche Inhalt des Gebrauchsmusters, nämlich ein an den Boden anzuschraubendes Klappband zum Umlegen der Bank, der Beschreibung des Patents der Klägerin ohne deren Einwilligung entnommen, sohin das Modell zur Zeit der Anmeldung des Gebrauchsmusters bereits in der Patentschrift beschrieben gewesen sei, welche als öffentliche Druckschrift zu gelten habe; hiernach habe es auf das weitere Vorbringen der Klägerin hinsichtlich der offenkundigen früheren Benutzung des Modells nicht mehr anzukommen und es sei der Einwand der unzulässigen Klageänderung gegenstandslos. Der Erstrichter hat also seine Entscheidung auf die beiden Fälle des § 6, nämlich mangelnde Schutzfähigkeit — Abs. 1 — und widerrechtliche Entlehnung — Abs. 2 — gestützt und zwar mit Recht, da er durch den Einwand der Klageänderung hieran nicht gehindert war. Es liegt freilich an sich eine unstatthafte Klageänderung vor, wenn der Kläger bei einer Klage auf Löschung eines Gebrauchsmusters von der Klage aus § 6 Abs. 2 auf eine Klage aus § 6 Abs. 1 übergehen will, da hierin eine Aenderung des Klagegrundes zu finden ist. Abs. 1 des § 6 setzt nämlich den Mangel eines der Erfordernisse des § 1 voraus, wozu insbesondere die Neuheit des Modells gehört; hier hat jedermann gegen den Eingetragenen einen Anspruch auf Löschung des Gebrauchsmusters, ohne daß der Nachweis eines besonderen Interesses erforderlich wäre; es liegt hier eine Popularklage vor. Nach § 6 Abs. 2 aber, welcher voraussetzt, daß der wesentliche Inhalt der Eintragung den Beschreibungen, Zeichnungen, Modellen usw. eines anderen ohne dessen Einwilligung entnommen ist (§ 4 Abs. 3), ist nur der durch widerrechtliche Entlehnung Verletzte klageberechtigt (Allfeld, GebrMG. § 6 Ziff. 6, 9b; Seligsohn, GebrMG., 3. Aufl., § 6 Ziff. 2, 4, 12; Gaupp-Stein, ZPO., 6. u. 7. Aufl., § 268 Anm. I A 2 Abs. 2 Note 22). In jedem Falle ist also sowohl der Klagegrund, als die Aktivlegitimation geändert. Allein hier hat sich der Beklagte in I. Instanz stillschweigend nach § 269 ZPO. auf die geänderte Klage eingelassen, indem er den Einwand der unzulässigen Klageänderung nicht allgemein vorbrachte, sondern nur bezüglich der Behauptung, das Modell sei wegen offenkundiger Vorbenutzung nicht neu. Letzteren Punkt ließ der Erstrichter außer Betracht, weil er das Modell schon aus dem Grunde der Vorbeschreibung für nicht neu erklärte. Auch hatte der Beklagte seine Einwilligung zur Aenderung der Klage schon dadurch erteilt, daß er das Vorbringen des Klägers, das Modell sei nicht schutzfähig, weil schon in öffentlichen Druckschriften beschrieben, nicht als Aenderung der Klage bekämpfte. Die weitere Behauptung, das Modell sei offenkundig schon früher benutzt worden, war unter diesen Umständen nur noch eine nach § 268 Ziff. 1 ZPO. statthafte Erweiterung der tatsächlichen Ausführungen. Die Klage gründet sich darnach auf beide Absätze des § 6 a. a. O., wenn auch der Abs. 1 nicht ausdrücklich angeführt wurde; denn es genügt, daß die zur Begründung dieser Gesetzesstelle erforderlichen Tatsachen behauptet wurden. (Urt. des II. ZS. vom 1. Februar 1907).

891 Mitgeteilt von Oberlandesgerichtsrat Schäfer in Bamberg.

Oberlandesgericht Nürnberg.

Ueber die Verpflichtung des Vermieters, die Treppenaufgänge zu beleuchten. Die Klägerin stürzte nach ihrer Angabe nach eingetretener Dunkelheit auf der von ihrer Wohnung in der Mansarde zum 2. Stockwerk herabführenden Treppe; sie macht die Beklagte — die Vermieterin — für den Schaden haftbar, weil diese



die Beleuchtung des Treppenaufgangs unterlassen hatte. Klage und Berufung wurden zurückgewiesen.

Aus den Gründen des Berufungsurteils: Dem Erstrichter ist darin beizutreten, daß auch für das Recht des BGB., das gegenüber dem bisherigen Recht (BayLR. Teil IV cap. VI § 4 Nr. 1, PrLR. Teil I Tit. 21 § 272 und dem gem. Recht, RG. ZS. Bd. 33 S. 225 u. JW. 1901 S. 287) in seinem § 536 keine Neuerung enthält, der Vermieter im Verhältnisse zum Mieter zur Beleuchtung der zur Wohnung führenden Zugänge nicht schon kraft Gesetzes verpflichtet ist. Die Gebrauchsfähigkeit der Wohnung hängt nicht davon ab. Die Beleuchtung bietet für den Mieter mehr oder minder eine Annehmlichkeit, vermittelt nur eine Erleichterung des Gebrauchs der Wohnung, wozu der Vermieter, der die vermietete Sache dem Mieter nur in einem zu dem vertragsmäßigen Gebrauche geeigneten Zustande zu überlassen und sie während der Mietzeit in diesem Zustand zu erhalten hat, ohne besondere Abrede gesetzlich nicht verpflichtet ist. (Arnold, Wohnungsmiete 2. Aufl. S. 50, Staudinger-Kober 2. Aufl. Bem. II 4 a zu § 536). Oertmann leitet in seinem „Recht der Schuldverhältnisse" (2. Aufl. Bem. 1 d zu § 536) die Beleuchtungspflicht des Vermieters zwar aus der Grundpflicht des § 536 ab, räumt aber für die Beantwortung der Frage der Ortssitte Einfluß in weitem Umfange ein. Unter allen Umständen aber ist nicht zu bestreiten, daß der Vermieter die etwa gesetzlich anzunehmende Beleuchtungspflicht im Verhältnisse zum Mieter auf diesen abwälzen kann und dann von jeder Haftung diesem gegenüber frei ist. (Staudinger-Kober a. a. O. u. JW. 1905 S. 77). Die Frage ist deshalb nach der Lage des einzelnen Falles, und zwar nicht nur nach den örtlichen Verhältnissen, sondern auch nach der ausdrücklich erklärten oder erkennbaren Vertragsabsicht der Parteien zu beurteilen.

Der Erstrichter hat das Bestehen einer den Vermieter zur Beleuchtung verpflichtenden polizeilichen Vorschrift für die Stadt R. verneint und auch das Bestehen eines Ortsgebrauchs, der den Vermieter dem Mieter gegenüber zur Beleuchtung verpflichtet. Er hat ausgeführt, daß zumal für Mansardenwohnungen wegen ihrer Billigkeit, des geringen Verkehrs in ihnen und der bescheidenen Verhältnisse und Ansprüche ihrer Mieter kein solcher Gebrauch besteht. Er hätte auch noch die Rücksicht auf Feuersicherheit erwähnen können. Die erste Feststellung blieb ohne Widerspruch, die letztere wurde ohne Antretung eines Gegenbeweises bestritten. Es besteht jedoch kein Grund, dem Erstrichter die Kenntnis der örtlichen Verhältnisse abzusprechen und ihm darin zu mißtrauen, zumal ihm die gleiche Uebung in anderen Städten recht gibt. Aber auch die Annahme des Erstrichters ist richtig, daß die Kläger gemäß dem Mietvertrag eine Beleuchtung der Zugangstreppe nicht verlangen konnten. Es handelt sich um ein einfaches, mit neuzeitlichen Bequemlichkeiten nicht ausgestattetes Haus. Die Klägerin zog ein, bei den gegebenen Verhältnissen sich bescheidend. Den Eigenschaften der Wohnung entsprach auch der mäßige Mietzins von jährlich 200 Mk. Größere Ansprüche hätten naturgemäß eine Erhöhung des Mietzinses zur Folge gehabt; dem wich sie aus, die Beleuchtungsfrage wurde unbestritten beim Einzug überhaupt nicht erörtert, die Vermieterin hatte angesichts der sie zur Beleuchtung nicht verpflichtenden Ortssitte zu einer solchen Erörterung keinen Anlaß und die Klägerin unterwarf sich durch ihr Stillschweigen der Ortssitte und dem bisherigen Brauche im Hause. Lag nun nach dem Vertrage die Beleuchtung der Mansardentreppe der Klägerin selbst ob, so kann sie wegen unterlassener Beleuchtung nicht die Beklagte verantwortlich machen. Die Klägerin ist nicht ein Dritter, demgegenüber der Hausbesitzer, der in seinem Hause einen Verkehr eröffnet, im öffentlichen Interesse zur Beleuchtung der Zugänge während der Verkehrszeit verpflichtet wäre. § 823[1] BGB. ist dann hier nicht anwendbar, § 823[2] aber mangels einer gebietenden Schutzvorschrift auch nicht.

Wollte man gleichwohl eine Beleuchtungspflicht der Beklagten gegenüber der Klägerin annehmen und in der Unterlassung der Beleuchtung ein Verschulden der Beklagten erblicken, so hat die Klägerin den von ihr behaupteten Schaden durch Außerachtlassung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt vorwiegend selbst verursacht (§§ 254, 276 BGB.), die ursächliche Wirkung dieses Verschuldens ist so erheblich, daß sie als eigentliche Ursache des Schadens anzusehen ist. Die Klägerin beging zum Zwecke des Wasserholens die nicht beleuchtete Mansardentreppe, ohne ein Licht mitzunehmen. Sie getraute sich den Weg auch ohne Beleuchtung sicher zu gehen und tat es dann auf eigene Gefahr. Das Aufstellen eines Lichtes war ihr jederzeit möglich und dann lief sie nach menschlicher Berechnung überhaupt keine Gefahr. Dieses Mittels entschlug sie sich aus Bequemlichkeit und Sorglosigkeit. Es ist unzulässig, daß der Mieter in Kenntnis möglicher Gefahr ohne die erforderlichen Vorsichtsmaßregeln sich einer Verletzung aussetzt und nach dem Eintritt des Schadens diesen auf den Vermieter abzuwälzen versucht. Die Beklagte konnte sich darauf verlassen, daß die Klägerin die nötigen Vorsichtsmaßregeln treffen, insbesondere für Beleuchtung zum Abstieg sorgen werde, um einen Unfall abzuwenden. (JW. 1905 S. 77). (Urt. vom 18. März 1907). H.

894

Literatur.

Danz, Dr. Erich, ord. Professor der Rechte und Oberlandesgerichtsrat zu Jena. Die Auslegung der Rechtsgeschäfte. Zugleich ein Beitrag zur Rechts- und Tatfrage. 2. auf Grund des BGB. völlig umgearbeitete Auflage. Verlag von Gustav Fischer in Jena. 1906. 251 S. Geh. Mk. 6.—.

Das Recht ist eine technische Kulturkraft. Die Wissenschaft bietet die Geschichte dieser Technik und die Darlegung und Entwicklung ihrer Gesetze. Die Rechtsprechung ist die praktische Verwertung dieser Technik. Ihre besondere Schwierigkeit liegt darin, die strenge Folgerichtigkeit und Allgemeingültigkeit der Rechtsnormen nicht in Widerspruch erscheinen zu lassen mit den Forderungen der Billigkeit, den Forderungen des gesunden Menschenverstandes. In den meisten Fällen, wo wir von einem solchen Zusammenstoß zwischen „Laienverstand und Rechtsprechung" erfahren, trägt nicht das als menschliche Schöpfung naturgemäß mangelhafte Recht die Schuld, sondern der Mangel der zur Rechtsanwendung Berufenen an Geschicklichkeit in der Handhabung unserer Technik. Die richtige Norm für den zur Entscheidung stehenden Fall zu finden, ist die schwierigste Aufgabe des Richters; diese Aufgabe heißt „Auslegung der Rechtsgeschäfte". Hinter ihr erst kommt die doktrinelle Auslegung der Gesetzesbestimmung, bei der aber auch juristischer Takt und gesunder Menschenverstand den Auslegenden vorzugsweise leiten müssen (vgl. Dernburg, Bürgerliches Recht Bd. I § 6 III 3. Auflage). Zu den besten Unterweisungen in der Technik der Rechtsanwendung gehört nun das Werk von Danz. Danz ist einer der leider so wenigen, die sich zu gleicher Zeit in der theoretischen Erforschung des Rechtssystems wie auch in der praktischen Nutzbarmachung betätigen. Wie fruchtbar eine solche Vereinigung ist, beweist gerade sein Buch. Ich muß mir versagen, die Bedeutung des Werkes näher zu beleuchten und im einzelnen Stellung zu nehmen. Meine abweichende Auffassung des Verhältnisses des § 157 zu § 242 BGB. habe ich schon gegenüber Danz in

meiner Abhandlung über „Die Schadensersatzpflicht des Auftraggebers gegenüber dem Beauftragten" im „Archiv für die zivilistische Praxis" Bd. 96 S. 414 ff. eingehend begründet. Mein Gesamturteil über das Werk ist: Danz ist darin als Praktiker Meister und Muster, ein zuverlässiger Führer, ein weitwirkendes Vorbild. Kein geringerer als Dernburg, der schon die 1. Auflage in der „Deutschen Juristenzeitung" mit warmen Worten gerühmt hatte, urteilt (Bürgerl. Recht Bd. 1 3. Aufl. Vorwort S. VII) über die 2. Auflage: „Hier verkörpert sich in seltener Weise der juristische bon sens. Weit entfernt von utopischen Bestrebungen hat diese Arbeit überall den Zusammenhang der gesetzlichen Vorschriften mit dem Leben zu wahren gewußt, um das Ziel zu erreichen, die wirtschaftlichen Zwecke, welche die Menschen verfolgen, von Rechts wegen zu schützen. So wird sie dazu beitragen, eine Rechtsprechung zu erzielen, welche den Interessen des deutschen Volkes und seinem Rechtsgefühl entspricht." Das unterschreibe ich Satz für Satz.

Rechtsanwalt Dr. Böckel, Jena.

Krazeisen, Karl von, Staatsrat i. o. D. Der Geschäftsgang des Bayerischen Landtags. München 1907, C. H. Becksche Verlagsbuchhandlung (O. Beck). 83 S. Preis Mk. 1.80.

Dieser Sonderabdruck aus den „Blättern für administrative Praxis" enthält die zurzeit geltenden Geschäftsordnungen der Reichsrats- und der Abgeordnetenkammer unter Anführung der zugrunde liegenden Gesetzesbestimmungen und Kammerbeschlüsse; angesichts der zahlreichen Aenderungen der letzten Jahre dürfte die Darstellung vielen willkommen sein. — z.

Windscheid, Dr. Bernhard, weil. Professor an der Universität Leipzig. Lehrbuch des Pandektenrechts. 9. Auflage, unter vergleichender Darstellung des deutschen bürgerl. Rechts bearbeitet von **Dr. Theodor Kipp,** Geh. Justizrat, Professor an der Universität Berlin. (Der Neubearbeitung zweite verbesserte und vermehrte Auflage.) Frankfurt a. M. 1906, Literarische Anstalt Rütten und Loening. Bd. 3 Bd. 1—3 geh. Mk. 48.—; gbd. Mk. 55.—.

Wir verweisen auf die Besprechung der beiden ersten Bände in Nr. 23 des 2. Jahrgangs S. 467. Dem 3. Band ist das mit großer Sorgfalt bearbeitete Sachregister zu den sämtlichen Bänden beigegeben.

Warneyers Jahrbuch der Entscheidungen. Es liegen uns vor:

I. Jahrbuch der Entscheidungen auf dem Gebiete des Zivil-, Handels- und Prozeßrechts. Sachregister zum 1.—4. Jahrgang 1900—1905 bearbeitet von Amtsgerichtsrat **Meves** in Magdeburg. Gebd. Mk. 4.—. 5. Jahrgang, enthaltend die Literatur und Rechtsprechung des Jahres 1906. Gebd. Mk. 8.—.

II. Jahrbuch der Entscheidungen auf dem Gebiete des Strafrechts und des Strafprozesses. Bearbeitet von **Georg Rosenmüller,** Amtsrichter in Schandau. 1. Jahrgang, enthaltend die Literatur und Rechtsprechung des Jahres 1906. Gebd. Mk. 4.—.

Leipzig 1906/07. Roßbergsche Verlagsbuchhandlung, Arthur Roßberg.

Neue Sammlungen von Entscheidungen.

1. **Vogel, B.,** Kgl. B. Amtsrichter. Die Rechtsprechung des Reichsgerichts, des bayerischen obersten Landesgerichts und der Oberlandesgerichte nach den amtlichen Sammlungen auf dem Gebiete des BGB. samt EG. Gesammelt und nach dem System des BGB. geordnet, mit zwei Registern. Enthaltend die Entscheidungen bis Januar 1907. Teil XII der von Oberlandesgerichtsrat **Otto Fuchsberger** herausgegebenen Entscheidungen des Reichsgerichts usw. Gießen 1907, Verlag von Emil Roth. Geh. Mk. 8.—; gbd. Mk. 10.—.
2. **Kaufmann, Emil,** Rechtsanwalt in Magdeburg. Handelsrechtliche Rechtsprechung. Nach dem System der Gesetze bearbeitet und zusammengestellt. 7. Band. Rechtsprechung und Literatur des Jahres 1906. Hannover 1907, Helwingsche Verlagsbuchhandlung. gebd. Mk. 6.—.
3. **Schroeder, Erich,** Landgerichtsrat in Colmar i. E. Grundbuch-Entscheidungen nebst Bemerkungen aus der Praxis und Verweisungen auf die Literatur. V. Band. Leipzig 1906, Dieterichsche Verlagsbuchhandlung (Theodor Weicher). Geh. Mk. 3.50.

Notiz.

Geschäftsstatistik der Gewerbe- und Kaufmannsgerichte für das Jahr 1906 (Amtsblatt der Staatsministerien des K. Hauses und des Aeußern und des Innern Nr. 12 vom 2. Mai 1907).[1] Im Jahre 1906 waren bei den Gewerbegerichten 7381 Rechtsstreitigkeiten anhängig (gegen 6922 im Jahre 1905), bei den Kaufmannsgerichten 1261 (gegen 1134 im Jahre 1905). Die Zahl der Gewerbegerichte hat sich um eines vermehrt (Nördlingen); ein neues Kaufmannsgericht ist in Kempten errichtet worden. Unter den 24 Kaufmannsgerichten befinden sich 12, unter den Gewerbegerichten 6, bei denen der Anfall an Klagen die Zahl 12 nicht überstieg. Die Kaufmannsgerichte Kulmbach und Kempten hatten sich mit je einer Klage, das Kaufmannsgericht Schwabach und das Gewerbegericht Oberhausen mit je zwei Klagen zu befassen. Durch Vergleich wurden bei den Gewerbegerichten 48,7 %, bei den Kaufmannsgerichten 53,2 % aller Sachen erledigt; durch kontradiktorisches Endurteil bei den Gewerbegerichten 15,8 %, bei den Kaufmannsgerichten 19,2 % aller Sachen. Die Rechtsstreitigkeiten dauerten bis zur Verkündung des kontradiktorischen Endurteils:

a) bei den Gewerbegerichten:

Weniger als 1 Woche	in 527 Fällen	(45,7 %)
1 Woche bis (ausschl.) 2 Wochen	„ 402 „	(34,9 %)
2 Wochen „ „ 1 Monat	„ 162 „	(14,1 %)
1 Monat „ „ 3 Monate	„ 48 „	(4,2 %)
3 Monate und mehr	„ 13 „	(1,1 %)

b) bei den Kaufmannsgerichten:

Weniger als 1 Woche	in 87 Fällen	(37,0 %)
1 Woche bis (ausschl.) 2 Wochen	„ 76 „	(32,3 %)
2 Wochen „ „ 1 Monat	„ 38 „	(16,2 %)
1 Monat „ „ 3 Monate	„ 30 „	(12,8 %)
3 Monate und mehr	„ 4 „	(1,7 %)

Klagen der Arbeitgeber gegen Arbeiter oder Bedienstete wurden wie im Vorjahre nicht in großer Zahl anhängig; sie machten bei den Gewerbegerichten 10,1 % und bei den Kaufmannsgerichten 8,2 % aller Sachen aus. Bei den Gewerbegerichten kamen am häufigsten Sachen mit einem Streitwerte bis zu 20 Mk. einschließlich vor (52,1 %), bei den Kaufmannsgerichten Sachen mit einem Streitwerte zwischen 100 und 300 Mk. (30,4 %).

911

[1] Wegen der Statistik für das Jahr 1905 s. diese Zeitschrift 2. Jahrgang S. 328.

Verantwortl. Herausgeber: Th. von der Pfordten, K. Landgerichtsrat, verw. im Staatsministerium d. Justiz.

Eigentum von J. Schweitzer Verlag (Arthur Sellier) in München.
Druck von Dr. Franz Paul Datterer & Cie., G. m. b. H., Freising.

Nr. 12. München, den 15. Juni 1907. 3. Jahrg.

Zeitschrift für Rechtspflege in Bayern

Herausgegeben von
Th. von der Pfordten
K. Landgerichtsrat, verw. im K. Bayer. Staatsministerium der Justiz.

Verlag von
J. Schweitzer Verlag
(Arthur Sellier)
in München, Lenbachplatz 1.

Die Zeitschrift erscheint am 1. und 15. jeden Monats im Umfange von mindestens 2 Bogen. Preis vierteljährlich Mk. 3.—. Bestellungen übernimmt jede Buchhandlung und Postanstalt (Postzeitungsliste für Bayern Nr. 974a).



Redaktion und Expedition: München, Lenbachplatz 1. Insertionsgebühr 30 Pfg. für die halbgespaltene Petitzeile oder deren Raum. Bei Wiederholungen Rabatt. Stellenanzeigen 20 Pfg. Beilagen nach Uebereinkunft.

Kein Anwaltszwang beim Antrag auf Festsetzung des Streitwerts nach § 16 GKG.

Von Oberlandesgerichtsrat **Schäfer** in Bamberg.

Eine gering bemittelte Frau hatte gegen ihren Ehemann, der außer einem mäßigen Einkommen als Handlungsreisender kein Vermögen besaß, Klage auf Scheidung erhoben. Die Ehe wurde geschieden, der Ehemann als schuldiger Teil erklärt und in die Prozeßkosten verurteilt. Der Gebührenbewertung war vom Gerichte, jedoch ohne förmlichen Beschluß, ein Streitgegenstandswert von 2000 Mk. zugrunde gelegt worden; die beiderseitigen Rechtsanwälte hatten sich auf einen Streitwert von 5000 Mk. geeinigt. Als die Klägerin nach Zustellung des Scheidungsurteils die Kostenrechnung ihres Anwalts erhalten und daraus ersehen hatte, daß die Gebühren aus 5000 Mk. Streitwert berechnet waren, beantragte sie zu Protokoll des Gerichtsschreibers beim Prozeßgerichte unter Darlegung ihrer Vermögensverhältnisse, sowie unter Vorlegung einiger Bescheinigungen hierüber und der Kostenrechnung ihres Anwalts, das Gericht solle den Streitwert auf 500 Mk. festsetzen, oder die Wertsfestsetzung von Amts wegen vornehmen. Das Gericht teilte dieses Gesuch den beiden Anwälten zur Erklärung mit, worauf der Anwalt des Beklagten zunächst auf dem Ansatze von 5000 Mk. beharrte, und sich vorsorglich in Uebereinstimmung mit dem Anwalt der Klägerin mit der Minderung auf 2000 Mk., nicht aber auf weniger, einverstanden erklärte. Das Landgericht erließ hierauf Beschluß dahin, der Streitwert werde auf 2000 Mk. festgesetzt, da auf den Antrag der Klägerin hin kein Anlaß zum Abgehen von dem gesetzlichen Regelbetrage nach § 10 GKG. bestehe. Hiergegen legte die Klägerin wieder zu Protokoll des landgerichtlichen Gerichtsschreibers Beschwerde an das Oberlandesgericht ein mit dem Antrage, unter Aufhebung des angefochtenen Beschlusses die Höhe des Streitwerts auf 500 Mk. zu vermindern. Das Beschwerdegericht hob den Beschluß auf, traf aber keine sachliche Entscheidung, sondern verwarf den Antrag der Klägerin auf Wertsfestsetzung als unzulässig, weil sie in 1. Instanz den Anwaltszwang nicht berücksichtigt habe; zur Begründung war hauptsächlich auf eine früher in einem gleichgelagerten Falle ergangene, in Seuff. Arch. Bd. 60 S. 163 Nr. 85 veröffentlichte Entscheidung hingewiesen.

Da die hier vertretene Ansicht, es sei der Antrag auf Festsetzung des Streitwerts nach § 16 Abs. 1 GKG. bei den Kollegialgerichten dem Anwaltszwange unterworfen, in der Rechtslehre und Rechtsprechung streitig ist und auch die ganze Sachbehandlung durch das Beschwerdegericht nicht gerechtfertigt zu sein scheint, dürfte eine kurze Erörterung nicht ohne Interesse sein.

I. Dem Anwaltszwange unterliegen nach § 78 ZPO. alle Prozeßhandlungen im Verfahren vor den Kollegialgerichten; ausgenommen sind nur Prozeßhandlungen im Verfahren vor einem beauftragten oder ersuchten Richter und solche, welche zum Protokoll des Gerichtsschreibers erklärt werden dürfen. Selbstverständlich besteht auch für solche auf den Prozeß einwirkende Handlungen, welche keine Prozeßhandlungen sind, der Anwaltszwang nicht. Unter Prozeßhandlungen sind alle Handlungen zu verstehen, welche zum Zwecke des Beginns, der Fortführung und Erledigung eines Prozeßverfahrens vorgenommen werden (Gaupp-Stein, Komm. z. ZPO., 6. u. 7. Aufl., § 54 Ziff. II; § 81 Ziff. IIIa); dazu gehören aber Akte, welche die Justizverwaltung betreffen, nicht (Gaupp-Stein a. a. O. § 78 Ziff. III Note 13). Die Festsetzung des Streitwerts erfolgt entweder zum Zwecke der Entscheidung über die Zuständigkeit des Gerichts und die Zulässigkeit eines Rechtsmittels (§§ 3, 505, 506, 546, 567 Abs. 2, 568 Abs. 3 ZPO.; § 15 GKG.) oder der Kostenberechnung wegen (§ 16 GKG.). Im ersteren Falle liegt unzweifelhaft eine einen Bestandteil des Hauptprozesses bildende Prozeßhandlung vor, wenn eine Partei den Antrag auf

Wertsfestsetzung stellt. Anders verhält es sich aber im zweiten Falle: die Festsetzung der Kosten, welche mit dem Hauptprozesse nichts zu tun hat, sondern nur die Grundlage für ein etwaiges Kostenfestsetzungsverfahren gibt, liegt dem Gerichte nach § 16 Abs. 1 GKG. von Amts wegen ob; der Antrag einer Partei in dieser Hinsicht ist kein Prozeßakt, wie z. B. die Klage, Beschwerde- oder Berufungseinlegung, wodurch die beanspruchte gerichtliche Tätigkeit überhaupt erst ermöglicht wird, sondern er enthält nur eine Anregung seitens der Beteiligten dem Gerichte gegenüber zu einer ihm als Offizialsache übertragenen Tätigkeit und ist daher nur als ein Akt der Justizverwaltung, nicht als eine Prozeßhandlung im Sinne des § 78 ZPO. anzusehen. Der Anwaltszwang ist daher grundsätzlich ausgeschlossen (Pfafferoth, Komm. z. GKG., 8. Aufl., § 16 Ziff. 4 Abs. 2 im Anschluß an OLG. Dresden, 30. März 1901 im Sächs. Arch. Bd. 22 S. 268; dagegen a. M. Rittmann, Komm. z. GKG., 3. Aufl., § 16 Ziff. 3a im Anschluß an OLG. Frankfurt a. M., 27. April 1897).

Im vorliegenden Falle lag insbesondere auch nach dem oben festgestellten Begriffe keine Prozeßhandlung vor. Der Hauptprozeß war durch die bereits erfolgte Urteilszustellung erledigt. Der Antrag der Klägerin war nur wegen der Kostenberechnung mit ihrem eigenen Anwalt gestellt, ein Kostenfestsetzungsverfahren gegen den Beklagten wegen der Aussichtslosigkeit der Kostenbeitreibung nicht beabsichtigt: der Antrag diente also auch nicht dem Zwecke des Beginnes eines neuen Prozeßverfahrens.

II. Aber auch wenn diese Darlegung unrichtig und eine Prozeßhandlung gegeben wäre, so würde doch nach den Bestimmungen des GKG. der Anwaltszwang ausgeschlossen sein.

1. Maßgebend sind die Vorschriften der §§ 4, 16 a. a. O. Es ist zunächst der Inhalt dieser Gesetzesstellen und deren Verhältnis zueinander zu prüfen.

Der unter die allgemeinen Bestimmungen des Gesetzes aufgenommene § 4 enthält Vorschriften für die Partei und das Gericht; im Abs. 1 wird der zahlungspflichtigen Partei und der Staatskasse das Recht gewährt, Erinnerungen gegen den Ansatz von Gebühren und Auslagen geltend zu machen. Nach einer Entscheidung der Vereinigten Zivilsenate des RG. vom 15. Februar 1886 (E. Bd. 16 S. 291) aber bezieht sich § 4 Abs. 1 auf alle Fälle, in denen durch Erinnerung oder Beschwerde geltend gemacht wird, daß Kosten unter Verletzung der Normen des GKG. angesetzt worden seien. Der Ausdruck „Ansatz von Gebühren" umfaßt also nicht nur den aus dem Kostentarife entnommenen Geldbetrag, sondern auch die Feststellung des Streitwerts (Pfafferoth a. a. O. § 4 Ziff. 1; Rittmann a. a. O. § 4 Ziff. 5; Gruchot Beitr. Bd. 28 S. 1178; OLG. Rspr. Bd. 3 S. 160). Die Beteiligten sind demnach schon durch die Bestimmung des § 4 Abs. 1 berechtigt, die Festsetzung des Streitwerts durch Erinnerungen gegen den Gebührenansatz herbeizuführen und zwar kraft Gesetzes nach Abs. 3 a. a. O. unter Befreiung vom Anwaltszwang.

In § 16 Abs. 1 sind bloß Bestimmungen für das Gericht getroffen. Im Vordersatz des Satzes 1 „wenn . . . . . erforderlich wird" sind die Fälle aufgezählt, in welchen die Festsetzungspflicht des Gerichts eintritt; es ist daselbst angeführt, daß, soweit zum Zwecke der Entscheidung über die Zuständigkeit des Prozeßgerichts oder die Zulässigkeit des Rechtsmittels eine Wertsfestsetzung erfolgt ist, diese auch für die Gebührenberechnung maßgebend ist, daß im übrigen aber die Festsetzung durch Gerichtsbeschluß geschehen soll und zwar entweder von Amts wegen (wenn es nach der Natur des Streitgegenstandes veranlaßt ist) oder auf Antrag einer Partei (Motive; Pfafferoth a. a. O. § 16 Ziff. 1). Im Nachsatz ist dem Gericht die Beschlußfassung über die Wertsfestsetzung auferlegt und im Satz 2 daselbst ihm das Recht der Aenderung dieser Festsetzung von Amts wegen gewährt.

Der § 16 Abs. 1 handelt also nicht von einem speziellen Rechte der Partei bezüglich der Wertsfestsetzung, sondern nur von den Aufgaben des Gerichts und deren Voraussetzungen; der daselbst gebrauchte Ausdruck „auf Antrag einer Partei" ist nicht dahin zu deuten, daß damit für die Parteien ein besonderer, von den nach § 4 Abs. 1 gestatteten „Erinnerungen" abweichender Rechtsbehelf geschaffen werden sollte. Man kann daher auch nicht mit Recht sagen, den Parteien sei in § 4 Abs. 1 ein weitergehendes, in § 16 Abs. 1 ein beschränktes Recht eingeräumt (Rittmann a. a. O. § 16 Ziff. 3 Abs. 7). Es ist durch letztere Gesetzesstelle überhaupt kein Recht der Partei begründet worden.

Wollte man das Gegenteil annehmen, so läge nur eine überflüssige Wiederholung des schon nach § 4 Abs. 1 bestehenden Rechts vor; denn zwischen den Ausdrücken „Erinnerung" und „Antrag" an den bezeichneten Stellen ist ein rechtlicher Unterschied nicht vorhanden.

Erinnerung im Sinne des § 4 ist die Bemängelung eines Verstoßes gegen das GKG., selbstverständlich, sei es ausdrücklich oder stillschweigend, verbunden mit einem Antrage auf Abhilfe; sie ist kein Rechtsmittel im Sinne der ZPO., sondern nur ein Behelf, um zu einer Entscheidung über den Kostenersatz zu kommen (Rittmann a. a. O. § 4 Ziff. 1). Der Ausdruck „Antrag" kommt in der ZPO. in doppelter Bedeutung vor: im weiteren Sinne versteht man darunter jedes von einer Partei in betreff einer Prozeßhandlung bei dem Gerichte schriftlich eingereichte oder zu Protokoll des Gerichtsschreibers erklärte Gesuch,

im engeren Sinne die Angabe der Entscheidung, welche das Gericht nach dem Willen der Partei treffen soll, auch Sachbegehren (petitum) genannt (Gaupp=Stein a. a. O. § 43 Ziff. III, § 128 Ziff. II 3).[1]

Es ist nun wohl nicht zu bezweifeln, daß der in § 16 erwähnte „Antrag" nicht ein bloßes petitum bedeutet, sondern in weiterem Sinne als ein Gesuch der Partei aufzufassen ist. Jeder derartige Antrag enthält Bemängelungen des Gebührenansatzes, Ausführungen über die angemessene Höhe des Streitwerts, überhaupt eine Begründung in irgend einer Art: ein solcher Antrag ist nichts anderes als eine Erinnerung im Sinne des § 4 Abs. 1. Anderseits ist aber auch in einer allgemeinen Erinnerung gegen den Gebührenansatz, ohne daß die Wertsannahme ausdrücklich als zu hoch angegriffen ist, schon ein Antrag auf Wertsfestsetzung im Sinne des § 16 zu erblicken (Rittmann a. a. O. § 4 Ziff. 5, § 16 Ziff. 3; Pfafferoth a. a. O. § 16 Ziff. 4 Abs. 1). Es stimmen also die Ausdrücke „Erinnerung" und „Antrag" in beiden Gesetzesstellen derart inhaltlich überein, daß der Schluß, es bestehe kein rechtlicher Unterschied zwischen ihnen, vollständig gerechtfertigt ist. Jeder mit Gründen versehene Antrag auf Wertsfestsetzung bildet also eine Erinnerung nach § 4 Abs. 1 und ist gemäß § 4 Abs. 3 vom Anwaltszwange befreit. Es kommt selbstverständlich nichts darauf an, wie die Partei ihr Gesuch bezeichnet; ob sie es „Antrag", „Beschwerde" oder „Erinnerung" nennt, ist einerlei; das Gesuch ist in jedem Falle als Erinnerung nach § 4 zu behandeln (Rittmann a. a. O. § 4 Ziff. 8; Pfafferoth a. a. O. § 4 Ziff. 9).

Ein „Antrag" im engeren Sinne, ein Schriftsatz, der nur ein petitum auf Wertsfestsetzung enthält, wird wohl in der Praxis nie vorkommen; aber wenn auch, so müßte er doch auch als eine Erinnerung nach § 4 angesehen und behandelt werden; denn wenn man einen solchen Antrag der Meinung der Gegner entsprechend dem § 16 unterstellen und dem Anwaltszwang unterwerfen würde, so würde dies im Hinblick auf den Zweck des Anwaltszwanges zu dem komischen Ergebnisse führen, daß ein mit Gründen versehener Antrag von der Partei selbst, ein nicht begründeter aber nur von einem Anwalte gestellt werden könnte.

Schließlich sei noch bemerkt: es ist überhaupt anzunehmen, daß der Ausdruck „Antrag" in § 16 nicht den obigen technischen Sinn hat, sondern einen vulgären und mit „Veranlassung", „Wunsch", „Begehren" gleichbedeutend ist und so nur den Gegensatz zu der daselbst erwähnten Festsetzung von Amts wegen bildet.

---

[1]) In § 766 ZPO. u. §§ 35, 47 GKG. kommen die Ausdrücke: „Anträge, Einwendungen und (oder) Erinnerungen" vor; sie sind offenbar als gleichbedeutend aufgefaßt und unterscheiden sich voneinander nur durch die Form der sachlichen Ausführung.

2. Die Richtigkeit der vorstehend entwickelten Auffassung ergibt sich aus folgendem:

a) Der § 16 Abs. 1 spricht nur von einem Antrage der Partei, worunter die Prozeßpartei zu verstehen ist (Rittmann a. a. O. § 16 Ziff. 3 Abs. 8); in § 4 Abs. 1 ist aber neben der zahlungspflichtigen Partei auch die Staatskasse für berechtigt erklärt, Erinnerungen vorzubringen. Wenn also durch § 16 ein spezieller Rechtsbehelf für die Wertsfestsetzung geschaffen worden wäre, so wäre nach dem Wortlaut des Gesetzes die Staatskasse davon ausgeschlossen. Dies war aber sicherlich nicht beabsichtigt; es wird auch allgemein der Staatskasse das Recht zuerkannt, den Antrag auf Wertsfestsetzung nach § 4 in Verbindung mit § 16 ohne Beiziehung eines Anwalts zu stellen (Gruchot, Beitr. Bd. 28 S. 1178; OLG. Rspr. Bd. 3 S. 160; Rittmann a. a. O. § 16 Ziff. 3 Abs. 7). Dies ist aber nur berechtigt, wenn man „Antrag" und „Erinnerung" für gleichbedeutend hält.

b) Es ist unbestritten und durch § 16 Abs. 2 klar ausgesprochen, daß die Beschwerde gegen den Beschluß über Wertsfestsetzung nach Abs. 1 daselbst vom Anwaltszwange entbunden ist; es wäre nun ein höchst merkwürdiges Vorgehen des Gesetzgebers, wenn er für die untere Instanz Anwaltszwang angeordnet hätte, für die höhere aber nicht. Im ganzen Zivilprozeßverfahren ist eine ähnliche Einrichtung nicht zu finden, sondern nur das umgekehrte Verhältnis.

Nach dem Zwecke des Anwaltszwanges, daß im öffentlichen, wie im Parteiinteresse unüberlegte und unrichtige Prozeßhandlungen durch die sachkundige Vorprüfung eines Anwalts verhütet werden sollen, ist für den Antrag auf Wertsfestsetzung ebensowenig, wie für die Beschwerde gegen den bezüglichen Beschluß, die Beiziehung eines Anwalts erforderlich. Der Antrag setzt keine juristischen Kenntnisse voraus und zur Angabe der tatsächlichen Verhältnisse ist die Partei besser geeignet als der Anwalt; übrigens wird in den meisten Fällen das zur Festsetzung des Streitwerts nötige Material schon in den Akten enthalten sein, so daß nur der Antrag oder die Erinnerung erforderlich ist.

Wenn man zur Begründung des Anwaltszwangs für den Antrag vorbringt, es könne schon durch einen Parteiantrag bei Beginn des Prozesses das Gericht überflüssigerweise zur Beschlußfassung über den Streitwert genötigt werden, was durch den Anwaltszwang verhindert werden müsse, so ist dies unzutreffend. Ohne jede Veranlassung wird keine Partei schon bei Beginn des Prozesses die Wertsfestsetzung verlangen und wenn ein Anlaß besteht, ist die Beschlußfassung nicht überflüssig. Erfahrungsgemäß, wie auch der vorliegende Fall zeigt, fällt es der Partei bei Beginn und im Laufe des Prozesses nicht ein, sich um den Streitwert zu kümmern, sondern erst am Schlusse, wenn ihr die Sache durch die mit

Zahlungsaufforderung überreichte Kostenrechnung unangenehm wird. Die ganz entfernte Möglichkeit einer verfrühten Antragstellung ist nicht geeignet, den Anwaltszwang zu rechtfertigen.

Wenn man weiter zur Verteidigung des Anwaltszwangs in der ersten Instanz und der Befreiung davon in der Beschwerdeinstanz geltend macht, bei der Beschwerde kämen die Interessen der Partei und ihres Prozeßbevollmächtigten leicht in Widerstreit, beim Antrag auf Wertsfeststellung sei dies nicht der Fall, so entbehrt dies jeder Begründung. Da die Partei nur eine Minderung des Streitwerts beantragen kann (Rittmann a. a. O. § 16 Ziff. 9 Abs. 3), so ist auch bei dem Antrage schon, nicht bloß bei der Beschwerde, der Prozeßbevollmächtigte stets im entgegengesetzten Interesse beteiligt. Wozu der Anwaltszwang beim Antrag führt, zeigt der hier besprochene Fall ganz deutlich. Das Gericht teilte dem Prozeßbevollmächtigten der Klägerin deren Antrag mit, der Widerstreit der Interessen zeigte sich sofort: der Anwalt erklärte sich mit der Festsetzung auf 500 Mk. nicht einverstanden, beharrte vielmehr auf 2000 Mk. Die Klägerin hätte also, wenn ihr Antrag nur durch einen Anwalt gestellt werden konnte, sich nach einem zweiten Anwalt umsehen müssen, der ihren Willen ausgeführt hätte. Dieser Vorgang lehrt, wie notwendig die Befreiung des Antrags vom Anwaltszwange ist.

c) Die Festsetzung des Streitwerts bildet die Grundlage des Kostenfestsetzungsverfahrens; dieses ist gemäß §§ 104 Abs. 2 und § 107 Abs. 2 ZPO. dem Anwaltszwange entrückt; es ist aber kein gesetzgeberischer Grund dafür erfindlich, warum erstere anders behandelt werden sollte.

3. Die Gegner stützen ihre Ansicht hauptsächlich auf die Fassung des Gesetzes, in § 16 Abs. 2 sei die ausdrückliche Ausnahmevorschrift des § 4 Abs. 3 für den Antrag auf Festsetzung des Streitgegenstandswerts nicht angeführt, sondern nur für die Beschwerde gegen den Festsetzungsbeschluß; die Bestimmung in § 4 Abs. 3 und deren Ausdehnung auf § 16 Abs. 2 sei durch die Reichstagskommission eingefügt; in beiden Paragraphen stimmten die Absätze 2 überein; die neue Bestimmung wäre aber gewiß ebenfalls gleichmäßig durch entsprechende Wiederholung des § 4 Abs. 3 eingefügt worden, wenn dies der bestehenden Absicht entsprochen hätte; es sei der Antrag auf Festsetzung deshalb vom Anwaltszwange nicht befreit. Nach der obigen Darlegung besteht aber die vermeintliche Lücke im Gesetze durchaus nicht. Da der § 16 Abs. 1 der Partei kein besonderes Antragsrecht einräumt, sondern nur § 4 Abs. 1 maßgebend ist, so war eine Wiederholung der Bestimmung des § 4 Abs. 3 im § 16 nicht nötig; sie wäre vielmehr geradezu überflüssig gewesen. Dagegen hatte die Wiederholung des Abs. 2 von § 4 als Abs. 2 bei § 16 bezüglich der Beschwerde ihren guten Grund: in § 16 Abs. 1 ist dem Gericht das Recht eingeräumt, den Streitwert, abgesehen von einem Antrag der Partei, auch von Amts wegen festzusetzen und den Festsetzungsbeschluß auch von Amts wegen wieder abzuändern. Hinsichtlich der auf Parteiantrag ergangenen Wertsfestsetzungsbeschlüsse hätte allerdings die Vorschrift des § 4 Abs. 2 zur Begründung des Beschwerderechts genügt, nicht aber auch bezüglich der von Amts wegen erlassenen Beschlüsse auf Festsetzung des Streitwerts bzw. deren Abänderung; es war daher die Einfügung der Bestimmung des § 4 Abs. 2 bei § 16 als Abs. 2 notwendig. Von einer Ungenauigkeit des Ausdrucks oder einem Versehen des Gesetzgebers kann hier freilich nicht gesprochen werden; vielmehr liegt eine wohldurchdachte Fassung des Gesetzes vor und diese spricht für die Richtigkeit der hier vertretenen Ansicht.

III. Die Anwendung der vorstehenden Ausführungen auf den obigen Fall und dessen gerichtliche Behandlung gibt noch zu folgenden Bemerkungen Anlaß.

1. Zweifellos ist im vorliegenden Falle kein Antrag nach § 16, sondern eine Erinnerung nach § 4 gegeben. Die Klägerin bemängelt die vorgelegte Kostenrechnung ihres Anwalts unter dem Hinweise, daß der Streitgegenstand zu hoch bewertet sei und verlangt dessen Herabsetzung; es kann wohl nicht bestritten werden, daß dies eine Erinnerung im Sinne des § 4 war. Gemäß § 4 Abs. 3 war der Anwaltszwang ausgeschlossen.

2. Wenn man das aber nicht annimmt, so war hier der gesetzlichen Vorschrift genügt. Wenn der von der Klägerin selbst gestellte Antrag nichtig war, so wurde doch diese Nichtigkeit durch nachträgliche Beiziehung des Anwalts geheilt. Das Gericht hat den Anwalt der Klägerin vor seiner Entscheidung gehört; er hat auch den Antrag an sich gebilligt und damit war dem Gedanken, welcher dem Anwaltszwange zugrunde liegt, entsprochen. Daß er sich den Antrag bezüglich der Höhe des Betrages nicht angeeignet, sondern nur 2000 Mk., nicht 500 Mk., als angemessen erklärt hat, ist unerheblich. Das Gericht ist in keiner Weise an die Parteiangabe über die Höhe des Betrags gebunden (Rittmann a. a. O. § 16 Ziff. 3 Abs. 4); wesentlich war nur der Antrag auf Festsetzung überhaupt.

3. Selbst wenn man dessen ungeachtet den fraglichen Antrag für nichtig hält, kann der Gerichtsbeschluß als gültig erachtet werden. Das Gericht ist zur Entscheidung auch von Amts wegen befugt und die Klägerin hat dies in ihrem Gesuche vorsorglich auch verlangt. Ein Grund zur Festsetzung von Amts wegen lag auch zweifellos vor. Die Natur des Streitgegenstandes macht die Wertsfestsetzung überall erforderlich, wo der Klaganspruch nicht auf eine bestimmte Geldsumme gerichtet ist (Rittmann a. a. O.

§ 16 Ziff. 2 Abs. 1), also z. B. bei nicht vermögensrechtlichen Ansprüchen, insbesondere auch bei Ehescheidungsklagen, bei welchen der Streitwert bis auf 200 Mk. herabgesetzt und bis auf 50 000 Mk. erhöht werden kann (Pfafferoth a. a. O. § 10 Ziff. 1 Abs. 2). Allerdings ist in den letzteren Fällen der regelmäßige Wert 2000 Mk. und es bedarf einer gerichtlichen Festsetzung nur, wenn eine Veranlassung dazu vorliegt (Rittmann a. a. O. § 10 Ziff. 2 Abs. 2). Das war hier aber der Fall, weil das Gericht durch das Gesuch der Klägerin Kenntnis von der Uneinigkeit der Beteiligten bezüglich der Höhe des Streitwerts erlangt hatte. Eine Festsetzung von Amts wegen kann freilich nicht beantragt werden; denn ein förmlicher Antrag auf Vornahme einer von Amts wegen zu betätigenden Handlung ist begrifflich ausgeschlossen. Das Gericht kann aber in einem nichtigen Antrage oder in einer bloßen Bitte einer Partei eine Anregung zur Offizialtätigkeit finden (Rittmann a. a. O. § 16 Ziff. 3 Abs. 4, 5). Im vorliegenden Falle erklärte das Gericht allerdings, der Beschluß sei auf Antrag der Klägerin gefaßt, allein der Ausdruck „Antrag" konnte recht wohl im Sinne von „Anregung" gebraucht sein und unter dieser Annahme konnte der Beschluß als gültig aufrecht erhalten werden.

Uebrigens dürfte ein Beschluß, welcher an einen Parteiantrag gar nicht gebunden, sondern auch von Amts wegen zulässig ist, nicht deshalb nichtig sein, weil das Gericht irrtümlich annahm, es liege ein gültiger Antrag vor. Ein solcher Irrtum im Beweggrund ist um so mehr unschädlich, wenn, wie hier, auch nach der Sachlage Anlaß zur Beschlußfassung von Amts wegen bestand.

4. Das Beschwerdegericht hat den erstinstanziellen Beschluß einfach aufgehoben, ohne eine andere sachliche Entscheidung zu treffen. Das war prozessual in doppelter Beziehung unstatthaft.

a) Die Beschwerde war nach § 16 Abs. 2, wie auch unbestritten feststeht, formell zulässig. In diesem Falle hat das Beschwerdegericht darüber sachlich zu entscheiden: es kann die Beschwerde als unbegründet zurückweisen, andernfalls hat es entweder selbst eine neue Entscheidung zu erlassen oder die Sache zu diesem Zwecke an das Untergericht zurückzuleiten. Keinesfalls darf es sich bloß auf die Aufhebung des untergerichtlichen Beschlusses beschränken (Gaupp-Stein a. a. O. § 575 Ziff. I, II) und im übrigen die strittige Angelegenheit in der Luft hängen lassen. Es war hier nicht gerechtfertigt, unter Aufhebung des angefochtenen Beschlusses lediglich den an das Landgericht gestellten Antrag als unzulässig zu verwerfen und der Beschwerdeführerin anheim zu geben, durch einen Anwalt ihren Antrag nochmals einbringen zu lassen.

b) Durch diese bloß formelle Entscheidung hat das Beschwerdegericht die Grenzen des Beschwerdeantrags überschritten und so gegen § 536 ZPO. verstoßen, welcher nicht nur allgemein auf die Beschwerde Anwendung findet (Gaupp-Stein a. a. O. § 573 Ziff. I 5), sondern auch speziell durch die Bestimmung des § 16 Abs. 2 nicht berührt wird (Pfafferoth a. a. O. § 16 Ziff. 9; RG. in E. Bd. 14 S. 352, JW. 1902 S. 134). Der Beschwerdeantrag ging nicht auf gänzliche Beseitigung des erstinstanziellen Beschlusses, sondern nur auf dessen Aenderung durch Herabsetzung des Streitwerts von 2000 Mk. auf 500 Mk. Durch die Entscheidung des Beschwerdegerichts wurde zwar der frühere Zustand wieder hergestellt, aber auch der durch den landgerichtlichen Beschluß erlangte Vorteil der Beschwerdeführerin, daß die Streitsumme wenigstens auf 2000 Mk. gemindert und der Ansatz der Anwaltsgebühren aus 5000 Mk. unstatthaft geworden war, wieder verloren. Das ging über den Antrag der Beschwerdeführerin hinaus und stellte sie schlechter.

Die juristischen Personen nach dem im rechtsrheinischen Bayern geltenden Staatskirchenrechte.

Von Rechtsanwalt **Dr. jur. Hans Baumann** in München

(Schluß.)

Weit einfacher liegen die Rechtsverhältnisse der Pfarrpfründe. Die Eigentumsfähigkeit ist garantiert in Art. VIII des Konk., welcher von den bona parochiarum spricht. Vertreter ist der Nutznießer der Pfründe, der Pfarrer. Dessen Anerkennung beruht auf Rezeption des kirchenrechtlichen Grundsatzes.[1])

An dieser Stelle ist noch der Kirchengemeinde zu gedenken, als der Gesamtheit der zu einer Kirche gehörigen Destinatäre. Die Frage, ob der „Kirchengemeinde" juristische Persönlichkeit zukommt, ist bestritten. Jedenfalls geht es nicht an, die gesetzliche Anerkennung in den Vorschriften der Verfassungsurkunde, insbesondere in §§ 84 u. 88 der II. Beilage zu erblicken.[2]) Diese beiden Gesetzesstellen handeln von der kirchlichen Sprengelbildung.[3]) Die Gemeindeordnung vom 29. April 1869 bestimmt in Art. 60, daß Verpflichtungen,

[1]) cf. Meurer, Kirchenvermögen II 367 ff. Die dort unter II hervorgehobene Schwierigkeit der Vertretung in Meliorations- und Deteriorationsprozessen, in denen der Nutznießer mit dem Eigentümer in Streit liegt, dürfte praktisch kaum hervortreten; die Kreisregierung wird als Kuratelbehörde von Amts wegen eingreifen. Gegen deren Entschließung kann die Entscheidung des VGH. angerufen werden. VGG. vom 8. August 1878 Art. 10 Ziff. 15, allenfalls Art 8 Ziff. 35, Entscheidung des VGH. vom 16. Oktober 1891, XIII 232 ff.

[2]) Becher, Das rechtsrheinisch-bayerische Landeszivilrecht und Landeszivilprozeßrecht I 421 neigt sich zu der hier bekämpften Ansicht. Vgl. dagegen Seydel l. c. 595.

[3]) So Meurer, Vermögensrecht I 75.

welche sich aus einem Kirchengemeindeverbande ergeben, sich nach den hierüber bestehenden besonderen Bestimmungen bemessen. Was das aber für „bestehende" Bestimmungen sind, ist nicht gesagt. Art. 206 bestimmt, daß die Kirchengemeinde durch die Kirchenverwaltung in allen rechtlichen Beziehungen vertreten wird. Hier ist also eine Vertretung für ein angebliches Rechtsgebilde geschaffen, ohne daß die rechtliche Existenz dieses Gebildes nachgewiesen ist. Das Gesetz vom 8. August 1878, über die Errichtung eines Verwaltungsgerichtshofes ꝛc. ꝛc., erwähnt in Art. 10 Ziff. 3 Kirchengemeinden als berechtigt, sich gegen beschwerende Verfügungen der Staatsaufsicht an den Verwaltungsgerichtshof zu wenden, in Art. 12 erwähnt es die Zugehörigkeit zu einem Kirchengemeindeverbande, in Ziff. 13 spricht es von Ansprüchen aus Verbindlichkeiten aus dem Kirchen- und Pfarrverbande. Endlich ist noch des Landtagsabschieds vom 28. Mai 1892 zu gedenken. Dieser schuf die Kirchengemeinderepräsentanz. Diese, aus der fünffachen Anzahl der Mitglieder der Kirchenverwaltung bestehend, hat die Kirchengemeinde in Fällen zu vertreten, in denen die Kirchenverwaltung der Zustimmung der Kirchengemeindeversammlung bedarf. Die Einführung einer Repräsentanz ist jedoch nicht obligatorisch. Das ist der Rechtszustand. Bei dem Mangel an Rechtssätzen ist es nicht verwunderlich, daß auf diesem Gebiet vielfach Streit besteht. Seydel behauptet, daß der „Kirchengemeinde" keinerlei Persönlichkeit zukomme, daß sie lediglich ein Umlagenverband sei.[1]) Die Praxis[2]) hat jedenfalls die „Kirchengemeinde" als juristische Persönlichkeit anerkannt. Unseres Erachtens mit Recht. Die von Seydel an der Gesetzgebung geübte Kritik mag begründet sein. Die Gesetzgebung mag technisch verfehlt sein: soviel steht jedoch fest, daß sie, wenn sie für eine persönliche Gesamtheit — und das ist doch mindestens der „Umlagenverband" Seydels — eine Vertretung schuf, und wenn sie dieser Gesamtheit und nicht nur deren einzelnen Mitgliedern Lasten wie Umlagen auferlegt,[3]) ihren Willen, diese Gesamtheit als Trägerin von Rechten und Pflichten also als Rechtssubjekt anzuerkennen, an den Tag gelegt hat. Davon kann freilich keine Rede sein, daß dieser Kirchengemeinde das Eigentum an dem Kirchenvermögen im engeren Sinne zusteht.[4]) Träger dieses Vermögens ist, wie wir oben gesehen

[1]) Seydel l. c. 579 ff., siehe insbesondere die Literatur-Uebersicht S. 591 ff. und dazu Meurer, Kirchenstiftungsrecht I 66 ff.; auch Meurer, Begriff und Eigentümer ꝛc. II 160 ff.

[2]) Vgl. die Zitate bei Krais, Handbuch der inneren Verwaltung I 322 und Meurer, Kirchenstiftungsrecht I 71 ff.

[3]) So Meurer, Kirchenstiftungsrecht I 90, unter Bezugnahme auf Art. 10 Ziff. 3 VGG.

[4]) So Roth, Bayerisches Landeszivilrecht I 230, dagegen Meurer, Begriff und Eigentümer II 161 Nr. 1.

haben, „jede Kirche selbst, soweit sie Personam Mysticam vorstellt".[1]) Der Kirchengemeindeverband wird insbesondere bei der Baulast von Wichtigkeit.

Eine Schwierigkeit hinsichtlich der Vertretung kann sich ergeben, wenn ein Rechtsstreit zwischen Kirchenstiftung und Kirchengemeinde vorliegt. Alsdann wird die Kirchenstiftung durch die Kirchenverwaltung vertreten. Die Praxis hat sich dafür entschieden, daß die Kirchengemeindemitglieder alsdann ein consortium litis bilden.[2])

Von den bisher erwähnten Kirchenstiftungen, deren Verwaltung zu Kultuszwecken gemäß §§ 59 und 94 des rev. GemE. geregelt ist, sind die Stiftungen zu unterscheiden, welche sonstigen kirchlichen Zwecken dienen.[3]). Für diese sind besondere Vorschriften nicht getroffen. Ihre Rechtsfähigkeit beurteilt sich nach den allgemeinen Vorschriften des bürgerlichen Rechts.

5. Es ist noch zu prüfen, ob dem Klosterverbande und den verwandten Personenvereinigungen juristische Persönlichkeit zukommt.

Trotz der straffen Organisation der meisten Orden, die in hierarchischer Beziehung unter dem Ordensgeneral in Rom stehen, hat sich ein Eigentum des Ordens an den einzelnen Klöstern nicht auszubilden vermocht. Vom staatlichrechtlichen Standpunkt würden hiergegen auch die stärksten Bedenken sprechen. Es käme ausländisches Recht und ein ausländisches Forum zur Anwendung. Demgemäß unterscheidet auch das Konkordat in Art. VII zwischen den Monastici ordines und den Coenobia dieser Orden. Der König hat sich verpflichtet, einige coenobia mit angemessener Dotation herzustellen. Damit ist die Rechtspersönlichkeit dieser Körperschaft"[4]) verfassungsgemäß begründet.

Eine besondere Untersuchung erfordern noch die Bettelorden. (Nach dem Conc. Trid. Franziskaner, Kapuziner und Minoriten). Der Orden und das Kloster ist ebenso, wie das einzelne Ordensmitglied schon nach der Regel ihres Stifters bonorum incapax. Dementsprechend spricht auch das bayerische Landrecht von den Mendikantenklöstern, welche nicht bonorum capaces sind. (III 1 § 3, dazu Kreittm.

[1]) Kreittmayr, Ann. p. II cap. 1 § 2 Nr. 2, vgl. Seydel l. c. 580 Nr. 4.

[2]) Siehe Zitate bei Meurer, Kirchenstiftungsrecht I 95; Stingl, Bestimmungen des bayerischen Staates über die Verwaltung des katholischen Pfarramts 1890 S. 981 ff. Gegenüber dem Standpunkt des bei Stingl zitierten Plenarbeschlusses des obersten Gerichtshofs vom 18. Dezember 1874, wonach die Kirchengemeindemitglieder als Litiskonsortium neben der Kirchenverwaltung die Kirchengemeinde vertreten könnten, sei auf die Entscheidung des VGH. XXVI, 387 ff. verwiesen.

[3]) Vgl. insbesondere Kahr, Gemeindeordnung I 680 Ziff 3 und die dort zitierten.

[4]) Ueber die Frage, ob die Klöster Korporationen oder Stiftungen sind, cf. Meurer, Begriff und Eigentümer ꝛc. II 245 ff.

Anm. zu II 2 § 3c und zu III 3 § 12, 6). Dieses Ideal der evangelischen Armut ließ sich aber praktisch nicht durchführen, aus dem einfachen Grunde, weil die Klösterliegenschaften im Eigentum stehen müssen. Die kirchliche Praxis[1]) hat sich dahin entwickelt, daß den Mendikantenklöstern Eigentumsfähigkeit für das, was zur Ausübung des Ordenszweckes notwendig ist, zukommt. Die staatliche Behörde hat nun verschiedene Versuche gemacht, den Härten, welche sich aus den Bestimmungen des bayerischen Landesrechts ergeben, abzuhelfen. Eine Entschließung vom 12. April 1831 weist darauf hin, daß den Lokalstiftungen des Kultus und der Wohltätigkeit Zuwendungen unter der Auflage der Herausgabe der Renten an den Vertreter des Klosters gemacht werden könnten. Diese Verfügung steht aber mit der Bestimmung des damals geltenden Rechtes in Widerspruch, es sei denn, daß man diese Zuwendungen als „Almosen" auffassen könnte. Klage auf Gewährung von Almosen gibt es aber nicht, und so konnte dieser Weg nicht zum Ziele führen. Eine weitere Entschließung vom 2. Oktober 1848 schlägt vor, „weil ein Franziskanerkloster nach kanonischem wie vaterländischem Rechte weder eigentumsfähig, noch besitzfähig sei", daß ein Dritter als Eigentümer einzutragen, dieser aber in seinem *angeblichen* Eigentum so zu beschränken sei, daß er nichts zum Nachteil des Klosters verfügen könne. Auch diesem Ausweg in fraudem legis wird die Billigung zu versagen sein. Für das geltende Recht dürften zudem diese Schwierigkeiten beseitigt sein. Art. 86 des EG. zum BGB. hat die landesgesetzlichen Vorschriften, welche den Erwerb von Rechten durch juristische Personen beschränken oder von staatlicher Genehmigung abhängig machen, bei Gegenständen über 5000 Mk. aufrecht erhalten. Bayern hat in seinem Ausführungsgesetz zum BGB. Art. 7 ff. diese Materie geregelt und zwar erschöpfend, so daß die ganze bisherige Amortisationsgesetzgebung beseitigt ist. Bei diesen Bestimmungen geschieht der Mendikantenklöster keine Erwähnung. Die oben erwähnte Vorschrift des bayerischen Landrechts gehört dem Erbrecht an. Auf diesem Gebiet hat das Einführungsgesetz keinen Vorbehalt zugunsten des Landrechts gemacht. Die erbrechtlichen Vorschriften des bayerischen Landrechts haben somit ihre Gültigkeit verloren. Ihre Wirkung ist auch, wie wir gesehen haben, nicht durch Vorschriften des Amortisationsrechts in das neue Recht hinübergerettet. Es dürften somit im neuen Recht die bayerischen Mendikantenklöster nicht anders zu behandeln sein, als die übrigen Klöster. Nach neuem Recht wäre also z. B. das Vermächtnis eines Luxusgegenstandes im Werte über 10000 Mk. an ein Mendikantenkloster voll wirksam; daß die kanonische Satzung die Annahme dieses Vermächtnisses verbietet, hat für den weltlichen Richter nicht in Frage zu kommen. Nimmt also das Kloster ein Vermächtnis an, so kann die dahin zielende letztwillige Verfügung nicht deshalb angegriffen werden, weil das kanonische Recht Eigentum und Besitz des Gegenstandes dem Kloster verwehre.[1])

[1]) cf. *Meurer* l. c. II 234 ff. und die bei *Dürrschmidt*, Die klösterlichen Gesellschaften in Bayern rc. 1875, S. 81 Anm. 1 abgedruckten Statuten der „armen Franziskanerinnen" vom 10. März 1857.

Im Gegensatz zu den Klöstern sind die einzelnen Kongregationsniederlassungen keine selbstständigen Personen. Rechtssubjekt ist vielmehr die Kongregation als solche. Der Sitz dieser juristischen Person ist der des Mutterhauses.[2]) Die einzelnen Niederlassungen sind lediglich Stationen. Natürlich können daneben gesonderte Stiftungen, insbesondere z. B. Hospitalstiftungen, entstehen, in welchen die Angehörigen von Kongregationen, also in der Krankenpflege, Verwendung finden.[3])

Die religiösen Bruderschaften und Bündnisse (Konfraternitates, Sodalitates, Dritter Orden rc.) nehmen eine besondere Stellung ein. Ihr Vermögen ist im allgemeinen Vermögen der Kirchenstiftung, bei deren Kirche sie errichtet sind, seltener ein selbständiges Spezialvermögen. So gibt es also Bruderschaften mit juristischer Persönlichkeit und solche ohne juristische Persönlichkeit. Die Frage, ob die Zulassung der Bruderschaften beider Art von königlicher Genehmigung abhängig ist, oder ob die Bruderschaften, welche nicht juristische Persönlichkeit anstreben, lediglich dem Vereinsrecht unterstellt[4]) sind, scheidet hier aus. Uns interessiert nur, unter welchen Voraussetzungen den einzelnen Bruderschaften juristische Persönlichkeit zukommt. Nach bayerischem Recht war zur Entstehung juristischer Persönlichkeit landesherrliche Genehmigung erforderlich.[5]) Bei Bruderschaften, deren Begründung vor der Ministerial-Entschließung vom 27. April 1849 liegt, kann die königliche Genehmigung vermutet werden, weil diese Genehmigung bis dahin Voraussetzung für die

[1]) In diesem Sinne wohl *Henle-Schneider*, Das bayerische Ausführungsgesetz zum BGB. Nr. 3 zu Art. 7: „Auch die Mendikantenklöster sind grundsätzlich nicht ausgenommen, wenn sie auch nach den Ordensregeln nicht unmittelbar einen Vermögenserwerb machen können." A. A. *Silbernagl*, Verfassung und Verwaltung sämtlicher Relionsgenossenschaften in Bayern 1900 S. 132, der den bisherigen Standpunkt auch noch für das neue Recht vertritt und der ME. vom 2. Oktober 1848 beipflichtet.

[2]) So *Meurer*, Begriff und Eigentümer rc. II 243.

[3]) Von diesen religiösen Kongregationen sind die Ordenskongregationen, Vereinigungen mehrerer Klöster desselben Ordens (z. B. der bayerischen Benediktiner ME. 20. November 1836 Nr. 13, zu unterscheiden. Dieser Ordenskongregation kommt keine juristische Persönlichkeit neben den einzelnen Klöstern zu.

[4]) Von *Seydel* III 568 § 381 a. E. gestützt auf § 76 lit. b des Rel. Ed. gegenüber der ME. vom 27. April 1849.

[5]) Siehe die Zitate bei *Stingl* 498 ff.

staatlichrechtliche Anerkennung war. Nach Maßgabe des Vereinsgesetzes vom 29. April 1869 konnten die Sodalitäten Rechtsfähigkeit als anerkannter Verein erlangen. Nun steht ihnen dies nach Maßgabe des im BGB. geregelten Vereinsrechtes offen, oder sie sind Gesellschaft des bürgerlichen Rechts (vgl. Art. 2 UeG. z. BGB.)

Damit sind wir beim Ende unserer kurzen Uebersicht angelangt. Dem eingehenden Studium werden sich schwierige Detailfragen eröffnen, die hier nur angedeutet werden konnten. In vielen Punkten wird auch die neue Kirchengemeindeordnung Vereinfachung und Klarheit schaffen.

Einige Streitfragen über § 739 ZPO.

Von Amtsrichter G. Kraus in München.

(Schluß).

4. **Ist die Ehefrau, welche in einem der in § 739 ZPO. aufgeführten Güterstände lebt, verpflichtet, den Offenbarungseid zu leisten, wenn keine Verurteilung des Mannes zur Duldung der Zwangsvollstreckung vorliegt?**

Diese Frage wird vielfach verneint mit der Begründung, die Ableistung des Offenbarungseides sei eine Vollstreckungshandlung, folglich sei sie unzulässig, wenn nicht der Ehemann zur Duldung der Zwangsvollstreckung verurteilt sei, weil die Ehefrau über ihr gesamtes Vermögen, somit auch über ihr eingebrachtes Gut den Offenbarungseid leisten müsse. Gegen diese Ansicht wird geltend gemacht, dem Gläubiger müsse auch auf Grund eines vollstreckbaren Titels, welcher nur die Zwangsvollstreckung in das Vorbehaltsgut der Ehefrau zulasse, die Möglichkeit gewährt werden, die Zwangsvollstreckung in das Vorbehaltsgut bis zur äußersten Konsequenz unter Zuhilfenahme des Offenbarungseids durchzuführen. Dieser Standpunkt wurde z. B. in einem Beschluß des Landgerichts München I vom 2. Mai 1904 vertreten und in ihm weiter ausgeführt, die Ansicht des Vollstreckungsrichters, daß der Offenbarungseid nicht in einen solchen über Vorbehaltsgut und einen solchen über eingebrachtes Gut getrennt werden könne, sei unrichtig, da kein gesetzlicher Hinderungsgrund für eine solche Trennung vorliege und der mit der Eidesabnahme betraute Richter ja in der Lage sei, durch entsprechende die gesetzlichen Fälle des Vorbehaltsguts berücksichtigende Fragestellung zu einer Scheidung derart mitzuwirken, daß die Schwurpflichtige sich auf tatsächliche Angaben beschränken könne, ohne rechtliche Unterscheidungen treffen zu müssen. Auf Grund dieses Beschlusses wurde in dem fraglichen Falle der Ehefrau der Offenbarungseid in der Weise abgenommen, daß sie beschworen hat, daß sie ihr zum Vorbehaltsgut gehörendes Vermögen so vollständig angegeben habe, als sie dazu imstande sei. Diese Eidesnorm ist jedoch unzulässig mit Rücksicht darauf, daß im § 807 ZPO. eine Aenderung der daselbst aufgestellten Eidesnorm nicht vorgesehen ist. Hätte aber das Gesetz eine Abänderung zulassen wollen, so wäre hierüber zweifellos ebenso eine ausdrückliche Bestimmung aufgenommen worden, wie dies in § 883 ZPO. geschehen ist. Abgesehen davon wird es in vielen Fällen trotz der geschicktesten Fragestellung und Belehrung nicht gelingen, einer Schuldnerin den Unterschied zwischen Vorbehaltsgut und eingebrachtem Gut begreiflich zu machen.

Bei richtiger Auffassung des Inhalts und der Bedeutung der beiden in Betracht kommenden Bestimmungen der §§ 807 und 739 ZPO. muß man zu der Anschauung gelangen, daß die Ehefrau auch dann zur Ableistung des Offenbarungseids verpflichtet ist, wenn kein Urteil gegen den Ehemann auf Duldung vorliegt, daß sich der Offenbarungseid aber nicht bloß auf das Vorbehaltsgut sondern auf das g e s a m t e Vermögen der Ehefrau zu erstrecken hat. Nach der Bestimmung des § 807 ZPO. ist der Schuldner, wenn die Pfändung zu einer vollständigen Befriedigung des Gläubigers nicht geführt hat, oder wenn letzterer glaubhaft macht, daß er durch Pfändung seine Befriedigung nicht vollständig erlangen könne, auf Antrag des Gläubigers verpflichtet, ein Verzeichnis seines Vermögens vorzulegen und den Offenbarungseid dahin zu leisten, daß er nach bestem Wissen sein Vermögen so vollständig angegeben habe, als er dazu imstande sei. Diese Voraussetzung ist gegeben, wenn ein Vollstreckungstitel gegen die Frau vorliegt, und die Pfändung zu einer Befriedigung nicht oder nicht vollständig geführt hat. Man kann nicht einwenden, daß die Pfändung möglicherweise zu einer Befriedigung geführt hätte, wenn der Ehemann zur Duldung der Zwangsvollstreckung verurteilt und damit eine Zwangsvollstreckung in das eingebrachte Gut der Schuldnerin zulässig gewesen wäre. Der Gläubiger kann nicht von vornherein wissen, mit welchen Mitteln die Schuldnerin zahlen kann und will, es wird ihm auch häufig das eheliche Güterrecht, in welchem sie lebt, unbekannt sein. Ein gesetzlicher Grund, welcher den Gläubiger zwingen würde, vorerst zu versuchen, ob er nicht Befriedigung aus etwa vorhandenem eingebrachten Gut seiner Schuldnerin finden könne, besteht nicht. Der Gläubiger darf wie bei jedem anderen Schuldner zunächst versuchen, ob die Pfändung auf Grund des gegen die Ehefrau lautenden Vollstreckungstitels zu seiner Befriedigung führt. Ist letzteres nicht der Fall, so sind die Voraussetzungen des § 807 gegeben, der Gläubiger kann von der Schuldnerin die Ableistung des Offenbarungseides verlangen. Durch die Ableistung des Offenbarungseides wird sodann der Gläubiger in die Lage

versetzt, prüfen zu können, ob eine Zwangsvollstreckung in das eingebrachte Gut der Schuldnerin für ihn zweckmäßig ist. In vielen Fällen wird der Gläubiger nach Ableistung des Offenbarungseides ein Urteil gegen den Ehemann auf Duldung der Zwangsvollstreckung nicht erwirken, weil er sich überzeugt hat, daß überhaupt kein eingebrachtes Gut vorhanden ist, oder wenigstens kein solches, welches der Pfändung unterliegt. Ist aber, worüber kein Zweifel besteht, der Zweck des Offenbarungseides der, daß der Gläubiger in die Lage versetzt wird, einen vollständigen Einblick in die Vermögensverhältnisse seines Schuldners zu gewinnen, um prüfen zu können, welche Vollstreckungsmaßregeln er am zweckmäßigsten ergreifen kann, so muß angenommen werden, daß unter Vermögen im § 807 das gesamte Vermögen eines Schuldners zu verstehen ist, nicht bloß einzelne Vermögensteile oder Vermögensmassen. Der Schuldner muß insbesondere auch das der Pfändung nicht unterworfene Vermögen angeben (vgl. RGE. VI/210). Um so mehr ist die Annahme begründet, daß auch eine Ehefrau das Vermögen angeben muß, welches der Verwaltung und Nutznießung ihres Mannes untersteht. Auch das eingebrachte Gut bleibt Vermögen der Frau.

Wie es dem Zwecke der Bestimmung des § 807 zuwiderlaufen würde, wenn eine Ehefrau nur ihr Vorbehaltsgut bei der Ableistung des Offenbarungseides angeben müßte, so würde eine derartige Trennung des Vermögens auch nicht mit dem Wortlaut insbesondere dem der Eidesformel in Einklang gebracht werden können.

Die Bestimmung des § 739 ZPO. ist auf den Fall des § 807 überhaupt nicht anwendbar. Die letztere Vorschrift bezieht sich auf eine allgemeine Zwangsvollstreckungsmaßregel, die erstere nur auf die Zwangsvollstreckung in das eingebrachte Gut der Ehefrau, wie sich bereits aus dem Wortlaut ergibt. Vollstreckungsmaßregeln, welche keine Zwangsvollstreckung in das eingebrachte Gut der Ehefrau enthalten, können daher auch nicht unter § 739 fallen. Die Leistung des Offenbarungseides enthält aber überhaupt keine Vollstreckung weder in das Vermögen als Ganzes noch in einzelne Teile. Das Vermögen des Schuldners selbst wird durch Ableistung des Offenbarungseides in keiner Weise berührt, insbesondere nicht der Zwangsvollstreckung des Gläubigers unterworfen. Das Offenbarungseidsverfahren richtet sich vielmehr gegen die Person des Schuldners, es soll von ihm lediglich eine Handlung, die Anfertigung eines Vermögensverzeichnisses und die Beschwörung seiner Richtigkeit erzwungen werden. Dadurch daß der Schuldner die einzelnen Vermögensstücke in sein Verzeichnis einsetzt und dadurch zur Kenntnis des Gläubigers bringt, erlangt dieser keinerlei Rechte an den Vermögensstücken. Daraus ergibt sich ohne weiteres, daß keine Zwangsvollstreckung in das eingebrachte Gut der Ehefrau vorliegt, wenn sie im Offenbarungseidsverfahren darüber Auskunft gibt.

Zu dem gleichen Ergebnisse gelangt man, wenn man den Zweck der Bestimmung des § 739 ins Auge faßt. Dieser Zweck ist, zu verhindern, daß Gläubiger der Ehefrau unbefugterweise in das Verwaltungs- und Nutznießungsrecht des Ehemannes an dem eingebrachten Gut eingreifen. Dadurch aber, daß die Ehefrau im Offenbarungseidsverfahren ihr eingebrachtes Gut verzeichnet, werden die Rechte des Ehemannes in keiner Weise beeinträchtigt. Die Zwangsvollstreckung in das eingebrachte Gut bleibt ja nach wie vor unzulässig, wenn der Gläubiger nicht ein Urteil gegen den Ehemann auf Duldung der Zwangsvollstreckung erwirkt.

Der Vollstreckungsrichter darf daher bei der Prüfung der Frage, ob eine verheiratete Schuldnerin zur Ableistung des Offenbarungseides verpflichtet ist, überhaupt nicht berücksichtigen, in welchem ehelichen Güterstand sie lebt. Dagegen wird er bei der Ableistung des Eides durch geeignete Fragestellung dahin wirken müssen, daß die Schuldnerin das eheliche Güterrecht angibt, in welchem sie mit ihrem Ehemann lebt und daß soweit als möglich ersichtlich gemacht wird, welche Vermögensstücke dem Verwaltungs- und Nutznießungsrecht des Ehemannes unterliegen.

Mitteilungen aus der Praxis.

Ist der Arzt verpflichtet, auf Verlangen seine Deservitenrechnung zu spezifizieren? Diese Frage hat die 3. Zivilkammer des Landgerichts München I als letzte Instanz verneint. Der verklagte Ehemann der Patientin hatte vor der Klagestellung Spezifikation verlangt, die der Arzt nicht erteilte. Im ersten Termin beantragte der Beklagte Abweisung der Klage, weil die Spezifikation nicht erteilt worden sei. Darauf wurde vertagt. Nachdem inzwischen der Arzt Spezifikation erteilt hatte und die Deservitenrechnung bezahlt worden war, wurde wegen der Kosten des Prozesses weiter gestritten. Das Amtsgericht verurteilte den Beklagten zu den Kosten des Rechtsstreits, die Beschwerde gegen dieses Urteil wurde vom Landgerichte zurückgewiesen und zwar aus folgenden Gründen:

„Der Kläger hatte nach § 614 BGB. das Recht, nach der Behandlung der Ehefrau des Beklagten die Vergütung hierfür zu fordern. Ein Rechtssatz, daß der Arzt Bezahlung für geleistete Dienste erst verlangen kann, nachdem er Rechnung hierüber gestellt hat, besteht nicht und es ist daher eine Verpflichtung des Arztes zu einer Vorleistung dieser Art nicht anzuerkennen. Die Klage war mithin, als sie gestellt wurde, begründet."

Diese Begründung ist unstichhaltig. Es ist selbstverständlich, daß kein besonderer Rechtssatz für die Verpflichtung des Arztes zur Rechnungsstellung besteht. Die Frage ist vielmehr nach der Natur des Rechtsverhältnisses des Arztes zum Patienten zu entscheiden. Nach der in der Praxis herrschenden An-

sicht wird dieses Verhältnis regelmäßig als Dienstvertrag aufgefaßt. (Staudinger, Komment. zum BGB. II. Aufl., Bd. II S. 383). Nach § 612 BGB. ist, wenn über die Höhe der Vergütung eine Vereinbarung nicht getroffen wurde, — was bei Leistung ärztlicher Dienste regelmäßig der Fall ist — die übliche Vergütung zu entrichten. Der Patient ist nicht in der Lage, ohne Spezifikation nachzuprüfen, ob der Arzt in seiner Pauschalforderung nicht die übliche Taxe überschritten hat, da er ja die Einzelansätze nicht kennt. Dieses Recht der Nachprüfung muß jedoch dem Dienstberechtigten zugestanden werden, da sonst im Erfolg nicht die angemessene und übliche, sondern die vom Dienstverpflichteten verlangte willkürliche Taxe geschuldet würde. Die entgegengesetzte Ansicht würde zu dem unbefriedigenden Ergebnisse führen, daß der Dienstnehmer die ihm vorgelegte Pauschalrechnung stets ohne Nachprüfung begleichen müßte, auch wenn sie ihm zu hoch erscheint. Denn da er nach der Ansicht des Landgerichtes Spezifikation nicht verlangen kann, hat er auch im Prozesse kein Recht auf eine solche. Er könnte höchstens die Angemessenheit bestreiten und so den Arzt als beweispflichtigen Kläger zwingen, die Rechnung zu spezifizieren. Allein er hat dann immer den größten Teil der Prozeßkosten zu tragen, weil die übersetzte Deservitenrechnung ja nur um einen Teil zu kürzen ist. Dieser Folge kann er nicht entgehen, weil er ohne Kenntnis der Einzelansätze den anzuerkennenden Teilbetrag der ganzen Rechnung nicht erraten kann und infolgedessen nicht in der Lage ist, den Betrag der Rechnung zu bezahlen, denn er für angemessen hält.

Soweit ich Literatur und Rechtsprechung überblicke, haben lediglich Oertmann (in seinem Kommentar zum Recht der Schuldverhältnisse) und das OLG. München bisher zu der Frage Stellung genommen. Beide erachten den Arzt für verpflichtet, seine Rechnung zu spezifizieren. (Vgl. Oertmann zu § 612 BGB. Note 5 und Seuff. Arch. Bd. 60 S. 223 ff.).

Die Verpflichtung zur Spezifikation der Rechnung ist selbstverständlich nach ihrer ganzen Natur eine Vorleistungspflicht des Arztes im Sinne des § 320 BGB. Denn die Spezifikation soll dem zahlungspflichtigen Dienstnehmer gegenüber die Höhe des verlangten Dienstlohnes rechtfertigen. Daß die Spezifikation der Rechnung der Zahlung vorauszugehen hat, ergibt sich auch aus § 614 BGB., wonach der Dienstpflichtige seine Dienste vorleisten muß. Die Verpflichtung zur Rechnungsstellung ist aber nichts anderes als eine Nebenleistung des Dienstpflichtigen, eine akzessorische Dienstleistung.

Es ist auch gar nicht einzusehen, warum der Arzt nicht ebenso wie jeder Andere, welcher selbständige Dienste leistet, zur Spezifizierung seiner Rechnung verpflichtet sein soll. Schon die allgemeine Vorschrift des § 242, daß eine Leistung so zu bewirken ist, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern, schließt die Verpflichtung in sich, daß der Arzt wie jeder andere Geschäftsmann sein Honorar erst beanspruchen kann, wenn er die verlangte Spezifikation gegeben und dem Patienten die Nachprüfung seiner Rechnung ermöglicht hat.

Der häufige Gebrauch, daß Aerzte ihre Rechnung nicht spezifizieren und im allgemeinen auch ohne Spezifikation Zahlung erhalten, steht dem nicht entgegen. Der Patient, welcher die Pauschalrechnung des Arztes zahlt, verzichtet stillschweigend auf Spezifizierung, er hat zum Arzt das Vertrauen, daß seine Pauschalforderung richtig berechnet ist. Mit diesem Regelfall rechnet der Arzt, wenn er pauschaliter liquidiert. Verlangt aber der Patient oder der für ihn Zahlungspflichtige Spezifizierung der Forderung, so gibt er dem Arzt zu erkennen, daß er die Rechnung nachprüfen will. Diese Nachprüfung kann ihm der Arzt nicht verwehren, er ist vielmehr verpflichtet, ihm die Unterlagen hierzu durch Spezifizierung der Rechnung zu geben.

Hellwig, „Die Stellung des Arztes im bürgerlichen Rechtsleben" faßt die ärztliche Tätigkeit als Dienstvertrag auf, welcher eine Geschäftsbesorgung im Sinne des § 675 BGB. zum Gegenstand hat. Von diesem Standpunkt aus ergibt sich die Verpflichtung des Arztes zur Spezifizierung seiner Rechnung unmittelbar aus der Vorschrift der §§ 675, 666 BGB. Der Ansicht von Hellwig ist jedoch nicht beizutreten. Unter dem vielbestrittenen Begriff der „Geschäftsbesorgung" wird man nach dem Sprachgebrauch und der herrschenden Ansicht die Erledigung solcher Angelegenheiten zu verstehen haben, die der wirtschaftlichen Interessensphäre eines Anderen angehören. (Staudinger, BGB. Bd. II § 675 2 b und Andere).

Die Tätigkeit des Arztes erschöpft sich in der Leistung ärztlicher Dienste, der Arzt verspricht dem Patienten, ihn durch Anwendung seiner ärztlichen Kunst zu heilen, oder richtiger, die Heilung zu versuchen. Diese Tätigkeit greift regelmäßig nicht in die wirtschaftliche Interessensphäre des Patienten ein. Man wird daher die ärztliche Tätigkeit nicht den Bestimmungen des „Dienstvertrags mit einer Geschäftsbesorgung" unterstellen und die Verpflichtung zur Rechnungsstellung nicht aus §§ 675, 666 BGB., sondern lediglich aus §§ 612, 614, 242 BGB. folgern können.

Die bekämpfte Entscheidung des Landgerichts ist in einer Hinsicht interessant. Sie beleuchtet eine Schattenseite der in Aussicht stehenden Zuständigkeitserweiterung der Amtsgerichte. Dasselbe Landgericht, das im Jahre 1904 als I. Instanz in einem vom übergeordneten Oberlandesgericht bestätigten Urteil die Verpflichtung des Arztes zur Spezifizierung seiner Rechnung angenommen hat, verneint sie nach 2½ Jahren in einer anderen Kammer, ohne den Versuch einer Widerlegung der früheren Entscheidung desselben Gerichts und des Obergerichtes nur zu unternehmen. Dadurch wird eine bedauerliche Rechtsunsicherheit verursacht, die umso schlimmer und gefährlicher um sich greifen wird, je mehr Gerichte in letzter Instanz Recht zu sprechen haben.

Rechtsanwalt Dr. Kleinberger in München.

Die Sicherheitsleistung von Ausländern im Privatklageverfahren. Die Ausführungen meines hochgeschätzten Herrn Kollegen über diese Frage (S. 163 ff.) veranlassen mich zu folgender Darlegung.

Nach § 419 der StPO. bestimmen sich sowohl die Voraussetzungen, unter denen der Privatkläger für die der Staatskasse und dem Beschuldigten voraussichtlich erwachsenden Kosten Sicherheit zu leisten hat, als auch die Höhe der Sicherheit und die Frist zur Leistung nach den Vorschriften, die für die bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten gelten. Da eine nähere Bezeichnung unterblieben ist, sind die jeweils für das Verfahren in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten maßgebenden Normen über diesen Gegenstand auch für das Privatklageverfahren anwendbar. Jede Ausdehnung und

jede Einschränkung der Verpflichtung zur Sicherheitsleistung, die dort angeordnet wird, greift ohne weiteres auch hier Platz.

Es scheint mir hiernach nicht zweifelhaft, daß sich die Bestimmungen des Haager Abkommens vom 14. November 1896 in dieser Hinsicht auch auf das Privatklageverfahren beziehen. Der § 419 der StPO. stellt diese Beziehung her. Das Gleiche muß gelten, soweit in anderen Verträgen Bestimmungen über Sicherheitsleistung in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten getroffen sind.

Allerdings wird angenommen, daß der § 419 der StPO. hinsichtlich der Verpflichtung des Privatklägers zur Sicherheitsleistung für die Gerichtskosten durch die §§ 83 ff. des GKG. ersetzt sei. (Löwe, Anm. 1 zu § 419). Das trifft nicht zu. Die §§ 83 ff. des GKG. stehen zu dem § 419 der StPO. im Verhältnis der lex specialis zur lex generalis. Der Hinweis auf die Vorschriften für das Verfahren in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten im § 419 der StPO. ist gegenstandslos, soweit in den §§ 83 ff. des GKG. eine besondere Regelung getroffen ist. Soweit das nicht der Fall ist, bleibt er aufrecht. Nach wie vor sind insbesondere die Voraussetzungen der Verpflichtung zur Sicherheitsleistung für die Gerichtskosten im Privatklageverfahren nach den Normen zu beurteilen, die für das Verfahren in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten gelten. Die Frage, ob ein Ausländer verpflichtet ist, einen besonderen Vorschuß zu leisten, muß also im Privatklageverfahren geradeso beantwortet werden, wie wenn es sich um einen Zivilprozeß handelte.

Hiemit steht auch der § 85 des GKG. völlig im Einklange. Er schreibt zunächst für das Gebiet der bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten vor, daß Ausländer einen dreifachen Vorschuß zu leisten haben und macht von dieser Vorschrift mehrere Ausnahmen; dann verfügt er: Unter den gleichen Voraussetzungen haben Ausländer in den Fällen des § 83 Abs. 1 (im Privatklageverfahren) einen Gebührenvorschuß von 30 Mark zu zahlen. Die Voraussetzungen der Verpflichtung zur Zahlung eines dreifachen Vorschusses auf dem Gebiete des Privatklageverfahrens werden also auch hier mit jenen auf dem Gebiete der bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten in vollen Einklang gesetzt. Die Ausnahmen, die der § 85 des GKG. für die bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten vorsieht, können nicht nur durch Aenderung dieser Gesetzesstelle, sondern auch durch völkerrechtliche Verträge mit gesetzlicher Gültigkeit vermehrt werden. Solche Vermehrungen gelten dann eo ipso auch für das Privatklageverfahren.

Wenn also der Art. 11 des Haager Abkommens für den Kläger in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten eine Befreiung von der Pflicht zur Zahlung eines besonderen Gerichtskostenvorschusses einführt, so kommt diese auch dem Privatkläger zugute. Die herrschende Meinung ist für diese Auslegung; sie trifft auch sicherlich den rechten Sinn. Der Wortlaut ist folgender:

> Treten Angehörige eines der Vertragsstaaten in einem anderen dieser Staaten als Kläger oder Intervenienten vor Gericht auf, so darf, soferne sie in irgend einem der Vertragsstaaten ihren Wohnsitz haben, ihnen wegen ihrer Eigenschaft als Ausländer oder deswegen, weil sie keinen Wohnsitz oder Aufenthalt im Inlande haben, eine Sicherheitsleistung oder Hinterlegung, unter welcher Benennung es auch sei, nicht auferlegt werden.

Die Fassung läßt klar erkennen, daß alle Arten der Sicherheitsleistung getroffen werden sollten; der Gerichtskostenvorschuß ist aber nichts anderes als eine Sicherheitsleistung. Ob fiskalische Interessen für eine engere Auslegung sprechen, kann nicht in Betracht kommen. Sie sind übrigens von geringem Belang. Die Fälle, in denen Ausländer, die im Auslande wohnen, bei uns Privatklage erheben, sind nicht so zahlreich, daß eine erhebliche Beeinträchtigung der Staatskasse zu befürchten ist, wenn von ihnen statt des Vorschusses von 30 Mark nur ein solcher von 10 Mark erhoben wird. Unter nahezu 2000 Privatklagen, die ich in den letzten Jahren zu behandeln hatte, fanden sich nur zwei dieser Art.

Daß auf die Verpflichtung der Ausländer zur Sicherheitsleistung für die Kosten des Prozeßgegners das Haager Abkommen auch im Privatklageverfahren Anwendung findet, bedarf hiernach keiner näheren Begründung mehr; die Verweisung des § 419 der StPO. auf das Verfahren in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten steht in dieser Hinsicht unbestritten aufrecht.

Oberamtsrichter **Riß** in München.

Kurze Erwiderung. Meine Ausführungen galten in erster Linie der Bekämpfung der oberstrichterlichen Entscheidungen, die aus dem Wortlaute des Haager Abkommens von 1896 folgerten, daß seine Grundsätze auf das Privatklageverfahren anwendbar seien. OAR. Riß bejaht die Anwendbarkeit auf Grund des § 419 der StPO. Seine Ansicht über das Verhältnis dieser Vorschrift zu den §§ 83 f. GKG. widerspricht der m. E. richtigen herrschenden Meinung, die aus der Entstehungsgeschichte dieser Bestimmungen zu dem Schlusse kommt, daß der § 419 hinsichtlich der Verpflichtung des Privatklägers, der Staatskasse Sicherheit zu leisten, durch die Vorschriften des Gerichtskostengesetzes ersetzt ist (vgl. die Kommentare von Löwe und Kolisch, Kries, Lehrbuch S. 725, Lucas, Anleitung zur strafrechtl. Praxis 1. Teil 2. Aufl. S. 396). Damit entfallen die gegnerischen Folgerungen aus § 419. Ich möchte aber auch der Auslegung dieser Vorschrift entgegentreten, soferne man sie noch gelten lassen sollte. Nach Riß soll sich aus § 419 und in ähnlicher Weise aus § 85 GKG. ergeben, daß jede Vergünstigung, die dem ausländischen Zivilkläger wegen der Sicherstellung der Prozeßkosten eingeräumt werden muß, ohne weiteres auch den Angehörigen des gleichen Staates als Privatklägern zugute kommt. Davon steht aber in den Gesetzen nichts. Der ausländische Privatkläger soll unter denselben Voraussetzungen Sicherheit zu leisten haben als der Zivilkläger. Er hat also der Regel nach Sicherheit zu leisten und den dreifachen Gebührenvorschuß zu zahlen. Diese Verpflichtung tritt (von anderen minder wichtigen Ausnahmen abgesehen) nur dann nicht ein, wenn in dem Staate des Klägers ein Deutscher im gleichen Falle, d. h als Privatkläger, zur Sicherstellung der Kosten nicht verpflichtet ist. Den Beweis hierfür hat in der Regel der Ausländer zu erbringen (Bekanntmachung vom 8. Mai d. Js., JMBl. S. 127, § 52 Abs. 5, vgl. § 20). M. E. ist Vergleichungsobjekt die Behandlung des ausländischen Privatklägers im Reiche und die Behandlung des deutschen Privatklägers in dem betr. ausländischen Staate, nicht die Behandlung der Angehörigen eines bestimmten Staates als Zivilkläger im Reiche und als Privatkläger im Reiche. Das Verlangen nach materieller Gegenseitigkeit, zu deren Forderung sich die Rechtsprechung des Reichs-



gerichts endlich durchgerungen hat, läßt m. E. keine andere Auslegung zu. Die Praxis der unteren Gerichte mag damit manchmal nicht übereinstimmen. Zur Besprechung anderer Punkte fehlt der Raum. Ich möchte nur kurz betonen, daß mir die Statistik des Herrn OLR. Riß nicht einwandfrei zu sein scheint. M. W. wird bisher im Privatklageverfahren die Staatsangehörigkeit des Klägers nicht besonders festgestellt. Es werden manche mit dem einfachen Vorschusse durchschlüpfen oder gar nichts zahlen, die im Interesse der Staatskasse durch Ablehnung vorhergehender gerichtlicher Handlungen gezwungen werden könnten, den erhöhten Vorschuß zu zahlen.

II. Staatsanwalt Bleyer in München.

Aus der Praxis der Gerichte.

Reichsgericht.

A. Zivilsachen.

I.

Heilung des Formmangels nach § 313 BGB. durch Auflassung und Eintragung: Wie lange ist Fortdauer des Vertragswillens erforderlich? Die von den Streitsteilen nach den notariellen Urkunden vom 26. Mai und 7. Juni 1905 vertauschten Grundstücke sind gleichzeitig wechselseitig aufgelassen worden, der Eigentumswechsel ist in den Grundbüchern vom 26. Juni und 3. Juli 1905 eingetragen. Die Klage geht auf Gewährung eines auf mehrere Jahre unkündbaren, zu 3% verzinslichen auf dem Tauschobjekt an 1. Stelle zu versichernden Darlehens von 15 000 Mk., indem behauptet wurde, der Beklagte habe dem Kläger beim Abschluß des Tauschvertrags ein solches Darlehen mündlich versprochen. Es ist festgestellt, daß der Beklagte wenige Minuten vor der auf der Amtsstube des Notars erklärten Auflassung dem Kläger die Gewährung des Darlehens zugesagt hat. Der Beklagte macht die Nichtigkeit der Darlehenszusage auf Grund von § 313 BGB. geltend und verweist darauf, daß er am 21. Juni 1905 das Darlehensversprechen — aus, wie festgestellt, unzutreffenden Gründen — angefochten habe. Der Beklagte wurde nach dem Klagantrage verurteilt, Berufung und Revision wurden zurückgewiesen.

Aus den Gründen: Nicht irrtümlich ist die Ausführung des OLG., daß die erst am 21. Juni 1905, also nach der Auflassung erfolgte Anfechtung des Darlehensversprechens an den mit der Auflassung eingetretenen Rechtswirkungen (Heilung der nichtigen Darlehenszusage) nichts mehr ändern könne, weil die dingliche Bindung schon mit der Auflassung eintrete, die Fortdauer des Vertragswillens in die Zeit der Eintragung aber nicht erforderlich sei, wenn nur diese, wie geschehen, hinzukomme. Zwar wird der Formmangel gemäß § 313 BGB. nur durch die Auflassung und die Eintragung geheilt. Auch ist es richtig, daß Auflassung und Eintragung für den Eigentumsübergang zwei verschiedene gleichwertige Elemente bilden. Allein die Auflassung bildet nach § 925 BGB. die zur Uebertragung des Eigentums an einem Grundstücke nach § 873 erforderliche dingliche Einigung des Veräußerers und des Erwerbers. Hierin ist die in strengster gesetzlicher Form geäußerte Entschließung zu finden, den obligatorischen Vertrag in dem Inhalte, den er zur Zeit der Auflassung hat, seinem ganzen Umfange nach auszuführen. Bei der Eintragung hingegen handelt es sich gar nicht um Auslegung und Feststellung des Willens, sondern um einen äußerlichen Akt, durch den der Wille der Beteiligten verwirklicht werden soll, einen Akt, der nach §§ 13, 20 GBO. auf Grund der Auflassung sowohl von dem einen als von dem andern Vertragsteile beantragt werden kann. Auch nach dem Grunde und Zwecke der Formvorschrift des § 313 BGB. kann es nur auf die Willensübereinstimmung zur Zeit der Auflassung ankommen. Die Formvorschrift bezweckt nämlich bei der Wichtigkeit der Grundstücksveräußerungen den Schutz gegen Uebereilung, sie soll den Ernst und die Bedeutung des Rechtsgeschäfts dem Veräußerer zum Bewußtsein bringen. Die Gewähr dafür, daß der Entschluß, das Eigentum zu übertragen, mit Ueberlegung gefaßt ist, leistet die Auflassung an sich. Das Erfordernis der Eintragung hat mit dem Schutze gegen Uebereilung nichts zu tun, sondern beruht auf dem Gedanken, daß die Heilung des Formmangels erst eintreten soll, wenn der nichtige Vertrag durch Uebertragung des Eigentums vollzogen ist. (Urt. des II. ZS. vom 30. April 1907, Nr. 6/07).

938 L . . . r.

II.

Zu §§ 631, 632, 635 BGB. Wenn bei dem Verkaufe eines Gutes der Verkäufer die Ausführung von Bauarbeiten übernimmt, so kann angenommen werden, daß ein selbständiger Werkvertrag, nicht nur eine Nebenbestimmung des Kaufvertrages vorliegt. Aus den Gründen: Die Revision meint, daß das OLG. in § 2 des Kaufvertrages keinen selbständigen Werkvertrag, sondern nur das Versprechen eines gewissen Bauzustandes durch den Verkäufer, also eine einfache Nebenbestimmung des Kaufvertrags hätte finden dürfen. Allein derselbe Vertrag kann sich aus verschiedenen selbständigen Vereinbarungen zusammensetzen und die Entscheidung darüber, ob das der Fall ist, muß im wesentlichen der richterlichen Auslegung überlassen bleiben. Gegen die Auslegung des Vorderrichters läßt sich kein begründeter Einwand erheben. Insbesondere kann auch die zum Werkvertrage nach §§ 631, 632 BGB. erforderliche Vergütung in den Gesamtgegenleistungen des Klägers um so mehr gefunden werden, als ja, wie aus dem Tatbestand hervorgeht, die Höhe des Kaufpreises nach dem Maße der von der Beklagten zu leistenden Bauarbeiten festgesetzt oder von ihm doch beeinflußt worden ist. (Urt. des V. ZS. vom 10. April 1907, V 455/06).

925 — — — n.

III.

Zu § 313 Satz 2, § 138 BGB. Heilung des Formmangels von Nebenabreden, durch die einem von mehreren Verkäufern ohne Wissen des anderen ein besonderer Vorteil zugewendet wird. Nichtigkeit einer solchen Nebenabrede wegen Unsittlichkeit. Ein Ehepaar verkaufte seinen Grundbesitz um 60 000 Mk. Die eine Hälfte des Kaufpreises sollte dem Manne, die andere der Frau zukommen. Die Auflassung wurde vorgenommen. Am Tage der notariellen Beurkundung des Kaufvertrages verpflichteten sich die Käufer in einer schriftlichen Erklärung, dem Manne weitere 10 000 Mk. zu zahlen. Dieses Abkommen wurde der Frau verheimlicht. Gegenüber der Klage auf Zahlung der 10 000 Mk. wurde eingewendet, daß die Verpflichtungs-Erklärung wegen des Mangels der im § 313 BGB. vorgeschriebenen Form und wegen Unsittlichkeit nichtig sei. Das Reichsgericht äußerte sich zu diesen Einwendungen, wie folgt:

I. Der Berufungsrichter geht davon aus, daß die Erklärung vom 25. April 1904 zwar wegen des Mangels der notariellen Form nichtig gewesen, der Mangel jedoch gemäß § 313 Satz 2 BGB. durch die Auflassung geheilt worden sei. Es genüge das Vor-

handensein der Willensübereinstimmung zwischen den Beklagten und dem Ehemanne, da die Erklärung eine gegenüber dem notariellen Kaufvertrage selbständige, von den Beklagten dem Ehemanne gegenüber übernommene Verbindlichkeit sei, an der die Ehefrau nicht beteiligt sei. Das Fehlen ihrer Zustimmung stehe daher der Anwendung des § 313 Satz 2 BGB. nicht entgegen. Diese Ausführungen werden von der Anschlußrevision als irrig bekämpft, sie sind indessen zutreffend. Allerdings liegt ein einheitlicher Vertrag vor, da auch die von den Beklagten dem Ehemann versprochenen 10000 Mk. den Charakter des Kaufgeldes haben, also einen Bestandteil der Gegenleistung der Beklagten für die ihnen verkauften Grundstücke bilden. Jedoch ist in bezug auf diesen Teil des Kaufgeldes dem Ehemann ein Sonderrecht eingeräumt worden. Dies hatte unbeschadet der Frage, inwieweit das Sonderrecht sachlich zulässig war und die materielle Gültigkeit des ganzen Kaufvertrages beeinflußte, jedenfalls in formeller Beziehung zur Folge, daß, soweit die 10000 Mk. in Betracht kommen, die Ehefrau nicht beteiligt war. Das Fehlen ihrer Zustimmung bildete kein Hindernis für die Unterstellung des Sonderabkommens unter die heilende Kraft der Auflassung, die ja nur die Form, nicht den Inhalt des Vertrages betrifft.

II. Den Einwand der Beklagten, daß die Erklärung vom 25. April 1904 gegen die guten Sitten verstoße, verwirft der Berufungsrichter mit folgenden Erwägungen: Die Ausbedingung eines höheren Sonderkaufpreises sei allein nicht unsittlich. Nur die Verheimlichung des höheren Erlöses vor der Frau verletze unter den obwaltenden Umständen die guten Sitten. Hierauf könne sich aber nur die Frau berufen. Sie könne den Kaufvertrag wegen Irrtums anfechten, auch ihren Mann auf Schadensersatz in Anspruch nehmen; nicht aber seien die Beklagten berechtigt, sich ihren Verpflichtungen zu entziehen und damit sich auf Kosten des Ehemannes ungerechtfertigt zu bereichern. Mit Recht bezeichnet die Anschlußrevision diese Ausführungen als irrig. Der Berufungsrichter übersieht vor allem, daß ein Verstoß gegen § 138 BGB. keine bloße Anfechtbarkeit begründet, sondern das davon betroffene Geschäft nichtig macht. Auf die Nichtigkeit kann sich jedermann berufen, ohne dem Vorwurf der Arglist zu verfallen, und es ist daher belanglos, daß die Beklagten durch die Berufung auf die Nichtigkeit von einer Verbindlichkeit frei kommen wollen. Auch die vom Berufungsrichter versuchte Scheidung zwischen dem Sonderabkommen an sich, das er als erlaubt ansieht, und der Geheimhaltung vor der Ehefrau, die allerdings den Charakter des Unerlaubten habe, ist unhaltbar. Die Beklagten und der Ehemann gingen gemeinschaftlich darauf aus, durch das Sonderabkommen die Ehefrau um den ihr an dem erhöhten Kaufpreis zukommenden Anteil zu bringen und den auf diesen Anteil entfallenden Betrag in die Tasche des Ehemanns fließen zu lassen. Dieser Tatbestand genügt, um die Anwendung des § 138 Abs. 1 BGB. zu begründen, sofern nicht die weitere unter Beweis gestellte Behauptung der Kläger wahr ist, daß die Ehefrau geäußert habe: „wenn sie für ihren Hof 10000 Tlr. bekäme, dann könne ihr Mann machen was er wolle.“ Der Berufungsrichter mußte daher auf diesen Beweisantrag eingehen. (Urt. d. V. ZS. vom 3. April 1907, V 466/06). ———n.

926

IV.

Wider die guten Sitten verstoßende Vereinbarungen in Bierlieferungsverträgen. Bei dem Verkaufe des den Eheleuten A. u. B. C. in H. gehörenden Wirtschaftsanwesens an die Eheleute F. wurde unter Ziff. 11 der Notariatsurkunde bestimmt:

„Die Käufer verpflichten sich für sich und ihre Besitznachfolger innerhalb der nächsten 10 Jahre von heute an gerechnet das jeweils für die auf dem verkauften Anwesen betriebene Wirtschaft benötigte Bier um den ortsüblichen Preis pro hl nur aus derjenigen Brauerei zu beziehen, welche ihnen von den Verkäufern oder deren Erben als lieferungsberechtigt jeweils bestimmt wird und unterwerfen sich im Falle der Zuwiderhandlung gegen diese Bestimmung einer Konventionalstrafe, welche im einzelnen Falle auf 5 Mk. für jeden aus der von den Verkäufern bestimmten Brauerei nicht bezogenen hl festgesetzt wird.“

Nach dem Tode des A. C. benannten dessen Erben die N.-Brauerei als die Brauerei, welche zur Lieferung des für den F.schen Wirtschaftsbetrieb benötigten Bieres berechtigt sein sollte. Damit waren die Eheleute F. zunächst einverstanden; sie bezogen aus der Brauerei für 16 Mk. pro hl mehrere Monate das Bier. Infolge eines Beschlusses des Gastwirtevereins, welchem die Eheleute F. angehörten, weigerten sie sich später 16 Mk. pro hl weiter zu zahlen und erklärten sich für die Zukunft nur zur Zahlung von 15 Mk. bereit. Diesen Preis bewilligte jedoch die Brauerei nicht, worauf die Eheleute F. den Bierbezug bei ihr einstellten. Die von dem Eigentümer der Brauerei gegen sie auf Fortsetzung des Bierbezugs erhobene Klage wurde wegen mangelnder Klagebefugnis des Klägers rechtskräftig abgewiesen. Nun erhob die Witwe B. C. — die Erben des A. C. haben sich auseinandergesetzt; sie ist aus dem Kaufvertrag allein berechtigt — Klage gegen die Eheleute F. mit dem Antrage, sie zum Fortbezuge des Bieres aus der N.-Brauerei und zur Zahlung der Vertragsstrafe zu verurteilen. Die Beklagten beantragten Abweisung der Klage, weil die Bestimmung im § 11 des Kaufvertrages nach § 138 Abs. 1 BGB. nichtig sei. Die Klage wurde vom LG. abgewiesen, die Berufung hatte keinen Erfolg.

Das OLG. hat in Uebereinstimmung mit dem LG. angenommen, daß die Bestimmung des § 11 des Kaufsvertrags die Freiheit der Beklagten im Gewerbebetriebe in unzulässiger Weise beschränke und daher nach § 138 Abs. 1 nichtig sei. Das Unzulässige der Beschränkung wurde darin gefunden, daß die Beklagten für sich und ihre Rechtsnachfolger bei einer hohen Vertragsstrafe für eine verhältnismäßig lange Zeit — 10 Jahre — sich verpflichtet haben, das benötigte Bier von einer dritten Brauerei zu beziehen, welche die Verkäufer und nach ihrem Tode auch ihre Erben beliebig bestimmen können. Es seien freilich mehrmals Bierlieferungsverträge für zulässig erklärt worden, durch welche Wirte mit Rücksicht auf Gegenleistungen sich verpflichteten, das nötige Bier auf Zeit von einer bestimmten Brauerei zu beziehen. Aber hierfür sei die Erwägung mitbestimmend gewesen, daß in solchen Fällen die Tragweite der Bindung, insbesondere die Leistungsfähigkeit der Brauerei übersehen werden konnte; das sei hier nicht der Fall; die Beklagten seien hinsichtlich eines der wesentlichsten Teile ihres Gewerbebetriebes der Willkür der Klägerin anheim gegeben; die Wahrung ihrer geschäftlichen Interessen sei insoweit ihrer Selbstbestimmung entzogen.

Die Revision wurde verworfen. In der Begründung wurden die Ausführungen des OLG. gebilligt. Es wurde insbesondere die Behauptung der Revisionsklägerin für unerheblich erklärt, daß die Beklagten gegen jede das zulässige Maß überschreitende Ausnützung des Vertrages, namentlich gegen jedes schikanöse Vorgehen sich in anderer Weise hätten schützen können. Für die Entscheidung der Sache komme es nur auf den Inhalt und die Tragweite der Vertragsbestimmung an; es sei nicht zulässig, die Beklagten auf andere mit Unzuträglichkeiten und Kosten verbundene und in ihrem Erfolge vielleicht zweifelhafte Hilfsmittel gegen die Schädigung ihrer Interessen zu verweisen. Keine Bedeutung wurde dem Umstande beigelegt, daß bis zu der Einstellung des Bierbezuges Unzuträglichkeiten

für die Beklagten nicht eingetreten seien, daß also das aus jener Vertragsbestimmung sich ergebende Recht in einer Weise ausgeübt worden sei, die Anlaß zu Beschwerden für die Beklagten nicht geboten haben könne. Ebensowenig wurde dem Grunde Bedeutung zuerkannt, der die Beklagten veranlaßte, das Bier nicht mehr von der N.-Brauerei, sondern anderweitig zu beziehen. (Urt. vom 26. März 1907). ——cht——

909

B. Straffachen.

I.

Unterschlagung (§ 246 StGB.). Eigentumserwerb des nach außen als Geschäftsinhaber auftretenden Bevollmächtigten. Constitutum possessorium. Der Angeklagte ist, obwohl das Geschäft unter seinem Namen geführt wurde, nur als Verkäufer angestellt gewesen und hatte seinen Auftraggebern, als deren Bevollmächtigter er mit Recht angesehen wurde, die Einnahme je am 1. und 15. des Monats abzuliefern. Für die Rechtslage ist es von ausschlaggebender Bedeutung, ob der Angeklagte nach außen als offener Stellvertreter gehandelt hat, ob also seine Willenserklärungen nach § 164 BGB. unmittelbar für und gegen die Vertretenen wirken konnten und gewirkt haben, oder ob er die Geschäfte lediglich im eigenen Namen und für eigene Rechnung abgeschlossen, mithin auch nur für seine eigene Person Rechte erworben und Verpflichtungen übernommen hat. Nach den bisherigen Feststellungen kann nur letzteres angenommen werden, denn darnach waren die Kunden des Geschäfts des Glaubens, der Angeklagte sei Inhaber des Geschäfts, und „leisteten die Zahlungen an ihn als Geschäftsinhaber", auch wird die angeblich veruntreute Forderung als eine Forderung des Geschäfts bezeichnet. Daß die Käufer von der Stellung des Angeklagten als Bevollmächtigten Kenntnis erhalten hätten oder etwa willens gewesen wären, die Bestimmung darüber, für wen das Eigentum an den von ihnen geschuldeten oder gezahlten Geldbeträgen erworben werden sollte, dem Angeklagten zu überlassen, dafür spricht nichts. Hiernach gehörten die Geschäftsforderungen zu dem Vermögen des Angeklagten und die an ihn als Geschäftsinhaber gezahlten Beträge waren sein Eigentum (§§ 164, 305, 929 BGB.).

Der Erstrichter hat diese Rechtslage verkannt. Die Anwendung des § 246 StGB. läßt sich auch nicht aus dem Gesichtspunkte halten, daß der Angeklagte als Vertreter durch Vertrag mit sich selbst den mittelbaren Besitz an dem Kassenbestande seinen Auftraggebern übertragen habe (§ 181, 930 BGB.). Gegen die rechtliche Möglichkeit einer solchen Uebergabe durch Constitutum possessorium bestehen im vorliegenden Falle, in dem sie ausschließlich zur Erfüllung einer Verbindlichkeit des Angeklagten gegenüber seinen Auftraggebern dienen würde, keine Bedenken. Es fehlt aber eine ausreichende Begründung in dieser Hinsicht, weil zu der Uebereignung eine äußere Kundgebung des Uebereignungswillens und des Willens zur Begründung eines Rechtsverhältnisses der in § 930 BGB. erforderten Art notwendig ist, und diese in der Feststellung, der Angeklagte habe den Betrag von 270 Mk. mit der Absicht empfangen, ihn für die Firma einzunehmen, nicht gefunden werden kann (vgl. Entsch. d. RG. in StS. Bd. 52 S. 130, Bd. 63 S. 16). (Urt. d. V. StS. vom 26. Februar 1907, 5 D 1011/06). ———e—

856

II.

Ablehnung eines Antrags auf Vernehmung eines Sachverständigen im schwurgerichtlichen Verfahren (§§ 34, 243 StPO.). Der Verteidiger hatte in der Hauptverhandlung beantragt, den Chemiker Dr. L. in D. als Sachverständigen über die Entfernung bei Abgabe des Schusses zu laden. Das Gericht beschloß und verkündete: „Der Antrag ... wird als tatsächlich unbegründet abgelehnt." Ob ein Sachverständigenbeweis zu erheben ist, wird in der Regel vom pflichtmäßigen Ermessen des Gerichts abhängen (vgl. Rspr. d. RG. Bd. 2 S. 204; RGE. Bd. 25 S. 326, Bd. 32 S. 6). Dieser Grundsatz hat auch für das Verfahren vor dem Schwurgerichte Geltung (Rspr. d. RG. Bd. 3 S. 96). Glaubt aber das Gericht, den Antrag auf Vernehmung eines Sachverständigen ablehnen zu können, dann muß die Begründung des Beschlusses auch in verständlicher Weise ersehen lassen, warum der Antrag abgelehnt wurde. Dies gilt insbesondere auch für das schwurgerichtliche Verfahren. Der Grund, der das Gericht zur Ablehnung des Antrags veranlaßte, muß den Geschworenen in einer Weise vorgeführt werden, daß sie daraus entnehmen können, welche Gesichtspunkte dabei für das Gericht maßgebend waren, und demgemäß in der Lage sind, etwa ihrerseits eine Anregung zu geben (vgl. RGE. Bd. 7 S. 76, Bd. 35 S. 389). Diese Voraussetzung trifft bei der vorliegenden Begründung nicht zu. Was die Wendung „als tatsächlich unbegründet" besagen will, ist keineswegs klar; sie deckt sich nicht mit der Wendung „als tatsächlich unerheblich" und bringt auch nicht zum Ausdrucke, daß die Ablehnung erfolgte, weil die Beiziehung Sachverständiger im Ermessen des Gerichts liege und dieses des Beirats eines weitern Sachverständigen nicht bedürfe; sie **kann** den Beweisantrag als nicht genügend substanziiert bezeichnen oder besagen **sollen**, das Gegenteil der zu beweisenden Tatsache werde als bewiesen angesehen (§ 34 StPO.). Da nicht verneint werden kann, daß das Urteil auf dieser unzureichenden, das Gesetz verletzenden Begründung beruht, war es aufzuheben. (Urt. d. V. Straff. vom 15. März 1907, 5 D 134/07). ———e—

895

III.

Hehlerei bei Ankauf der gestohlenen Sache durch einen Vertreter (§ 259 StGB.). Die Ehefrau des Angeklagten hat in dessen Gewerbebetrieb auf Grund einer allgemeinen Ermächtigung das gestohlene Messing zwar angekauft und übergeben erhalten und damit nach § 855 BGB. den Besitz daran im Sinne des bürgerlichen Rechts für ihren Ehemann erworben, daraus folgt aber keineswegs, daß der Angeklagte sich der Hehlerei nach § 259 StGB. nicht mehr schuldig machen konnte. Denn zu dessen Tatbestand gehört, insoweit Ankaufen oder Ansichbringen in Frage kommt, die Erwerbung der **tatsächlichen** Verfügungsgewalt; bedeutungslos ist, ob die der Hehlerei angeklagte Person schon vorher in irgendwelche **rechtliche** Beziehungen zu der gestohlenen Sache getreten ist. Zwei Momente müssen in der Person des Hehlers zusammentreffen: eine die Grundlage für die Besitzübertragung bildende Willensübereinstimmung zwischen dem Hehler und dem, der sich des Besitzes entäußern will, und die Erlangung der tatsächlichen Verfügungsgewalt über die Sache. Diese Momente können, müssen aber nicht zeitlich und räumlich zusammenfallen. Fallen sie nicht zusammen, so ist es nicht erforderlich, daß die Willensübereinstimmung durch den Hehler selbst mit dem Verkäufer herbeigeführt wird, es genügt, wenn sie durch einen Vertreter erfolgt. Erlangt dann jener unter Billigung des für ihn abgeschlossenen Kaufgeschäfts die tatsächliche Verfügungsgewalt über die angekaufte Sache, so ist der objektive Tatbestand des § 259 StGB. erst in diesem Augenblicke gegeben, da der Abschluß des Kaufvertrags für sich allein bedeutungslos ist (Entsch. Bd. 17 S. 59). In subjektiver Hinsicht ist nachzuweisen, daß der Angeklagte spätestens in dem Augenblick, in dem er die tatsächliche Herrschaft über die Sache erlangte, wußte oder den Um-

ständen nach annehmen mußte, daß sie mit einer strafbaren Handlung von dem Verkäufer oder einem von dessen Vormännern erlangt war. (Urt. des V. Straff. vom 15. März 1907, 5 D 1189/06). — — — e —

897

IV.

Namensstempel. Die Revisionseinlegung ist vom Verteidiger nicht unterschrieben, sondern nur mit dessen Namensstempel unterzeichnet. Da für die Revisionseinlegung keine anderen Formvorschriften gelten, als für die Einlegung von Rechtsmitteln überhaupt, letztere aber mittels faksimilierten Namensstempels nicht erfolgen kann (Entsch. Bd. 34 S. 358), mußte die Revision als unzulässig verworfen werden (Beschluß des V. Straff. vom 19. März 1907, 5 D 196/07).[1] — — — e —

898

V.

Welche Bedeutung hat es für den Tatbestand der falschen Anschuldigung aus § 164 StGB., wenn zur Verfolgung der angezeigten Tat ein Strafantrag erforderlich, dieser aber nicht gestellt ist? Aus den Gründen: Die Strafkammer sagt, der Angeklagten sei bekannt gewesen, daß die angezeigte Handlung strafbar sei und die Anzeige die Einleitung eines Strafverfahrens gegen S. zur Folge haben könne. Damit ist der innere Tatbestand bedenkenfrei festgestellt. Auf die aus der Notwendigkeit eines Strafantrags sich ergebenden Fragen ist die Strafkammer nicht eingegangen, offenbar in der Annahme, daß die Angeklagte überhaupt an das Erfordernis eines Strafantrags nicht gedacht, sondern schlechthin ihr Schreiben für geeignet gehalten hat, ein Strafverfahren gegen S. herbeizuführen. Sich näher hierüber auszusprechen, war nach Lage der Sache nicht unbedingt geboten. Für den äußeren Tatbestand war die Frage belanglos, ob Strafantrag gestellt sei, weil es sich beim Strafantrage um eine Voraussetzung nicht der Strafbarkeit der Tat, sondern der Strafverfolgung handelt. Eine Beleidigung ist eine strafbare Handlung im Sinne des § 164 StGB., auch wenn der zu ihrer Verfolgung erforderliche, nur eine Prozeßvoraussetzung bildende Strafantrag nicht gestellt ist. (Entsch. in Straff. Bd. 6 S. 161). (Urt. des I. StS. vom 6. April 1907, 1 D 1351/06). B.

920

VI.

Gesetzwidriges Handeln von Vorstandsmitgliedern einer Hilfskasse im Sinne des § 34 des Hilfskassegesetzes vom 7. April 1876 / 1. Juni 1894. Aus den Gründen: Durch § 34 HKG. werden Mitglieder des Vorstands, welche den Bestimmungen des Gesetzes zuwiderhandeln, mit Geldstrafe bedroht; haben sie absichtlich zum Nachteile der Kasse gehandelt, so unterliegen sie der Strafbestimmung des § 226 StGB. Die Geschäftsführung ist gesetzwidrig, wenn ein Tun oder Unterlassen einem Verbote oder Gebote des Gesetzes zuwiderläuft. Nach § 20 HKG. steht die Beschlußnahme über Angelegenheiten der Kasse der Generalversammlung zu, soweit diese Angelegenheiten nicht statutengemäß durch den Vorstand oder Ausschuß wahrgenommen werden; es enthält sohin diese Bestimmung das Verbot an die Vorstandsmitglieder, über Angelegenheiten zu beschließen, worüber die Beschlußfassung nur der Generalversammlung zusteht. Wird gegen dieses Verbot verstoßen, so liegt nicht nur eine Zuwiderhandlung gegen das Statut vor, sondern eine Verfehlung gegen das Gesetz selbst im Sinne seines § 34. (Urt. des I. StS. vom 25. Februar 1907, 1 D 1403/06). B.

919

[1]) Ebenso Beschluß d. II. Straff. vom 10. Mai 1904 D 510/04; vgl. auch Rechtspr. d. RG. Bd. 2 S. 484, Bd. 9 S. 144.

Oberstes Landesgericht.

A. Zivilsachen.

I.

Kann ein Abkömmling auf seinen gepfändeten Anteil an dem Gesamtgute der fortgesetzten Gütergemeinschaft wirksam verzichten? (BGB. §§ 1487, 1491, 1442; ZPO. § 860). Nach dem Tode des Maurers J. St. in J., der mit seiner Frau Marie in allgemeiner Gütergemeinschaft nach Ingolstädter Recht und seit dem Inkrafttreten des BGB. nach dessen Vorschriften gelebt hat und am 23. August 1900 gestorben ist, hat die Witwe mit den beiden aus der Ehe hervorgegangenen Söhnen, dem Monteur Max St. und dem Friseur Franz St. die Gütergemeinschaft fortgesetzt. Gegen Max St. ist von J. L. in C. für eine Forderung auf Grund Urteils durch Beschluß des Amtsgerichts G. der dem Schuldner „nach Beendigung der fortgesetzten Gütergemeinschaft" zustehende Anteil an dem Gesamtgute gepfändet und dem Gläubiger zur Einziehung überwiesen worden. In einem später bei dem Amtsgericht J. als Nachlaßgericht eingereichten Schriftstücke haben Max und Franz St., deren Unterschriften vom Notariat J. beglaubigt sind, erklärt, daß sie auf ihre Anteile an dem Gesamtgute verzichten. Max St. ist am 9. Januar 1905 gestorben. Im Juli 1906 stellte J. L. bei dem Amtsgericht J. den Antrag, die Auseinandersetzung zu vermitteln. Das Nachlaßgericht hat den Antrag zurückgewiesen, weil eine Beendigung der fortgesetzten Gütergemeinschaft im Sinne der §§ 1492 bis 1496 BGB. nicht eingetreten sei. Die Beschwerde des Antragstellers wurde zurückgewiesen. Auch die weitere Beschwerde wurde aus folgenden Gründen zurückgewiesen:

Das während des Bestehens der fortgesetzten Gütergemeinschaft den Abkömmlingen zustehende Anteilsrecht beruht auf dem familienrechtlichen Verhältnisse und kann von ihm nicht abgelöst werden; der Anteil an dem Gesamtgut ist deshalb nach den §§ 1487, 1442 BGB. nicht veräußerlich, nach § 1490 BGB. nicht vererblich und nach § 860 Abs. 1 ZPO. der Pfändung nicht unterworfen. Ein selbständiges Vermögensrecht entwickelt sich aus dem Anteilsrecht erst mit der Beendigung des familienrechtlichen Verhältnisses, mit der Aufhebung der fortgesetzten Gütergemeinschaft durch den überlebenden Ehegatten nach § 1492 oder durch Urteil nach den §§ 1495, 1496 oder mit deren Beendigung durch Wiederverheiratung des überlebenden Ehegatten nach § 1493 oder durch dessen Tod nach § 1494 BGB. Erst wenn die familienrechtliche Gemeinschaft beendigt ist und infolgedessen nach § 1497 BGB. die Auseinandersetzung stattfindet, ist der Anteil nach § 860 Abs. 2 ZPO. zugunsten der Gläubiger des Teilhabers der Pfändung unterworfen. Die Pfändung kann zwar für den Fall, daß das selbständige Vermögensrecht des Abkömmlings entsteht, als Pfändung eines künftigen Rechtes im voraus bewirkt werden; sie läßt aber dann das familienrechtliche Verhältnis unberührt, der Gläubiger erlangt kein Recht an dem der Pfändung nicht zugänglichen Anteilsrechte des Schuldners und dieser behält freie Hand in der Entscheidung darüber, ob er in der fortgesetzten Gütergemeinschaft bleiben oder nach § 1491 BGB. durch Verzicht auf das Anteilrecht ausscheiden will. Scheidet er durch Verzicht aus, so ist die Pfändung ebenso gegenstandslos, wie wenn er während des Bestehens der Gütergemeinschaft stirbt. Durch den Verzicht wird die Anwartschaft des Verzichtenden hinfällig, er enthält aber ebensowenig eine Verfügung über das noch nicht entstandene Recht wie der Erbe über die Erbschaft verfügt, wenn er sie ausschlägt. Hier würde die Pfändung auch bei Unwirksamkeit des Verzichts gegenstandslos sein, weil das Anteilsrecht des Max St. nach § 1490 BGB. mit dessen Tode erloschen sein würde. (Beschluß des I. ZS. vom 26. April 1907, Reg. III 25/07). W.

937

II.

Berechnung des Werts zweifelhafter Außenstände nach Art. 24 NotG. Am 20. November 1907 trat RA. O. als Konkursverwalter etwa 500 größtenteils erfolglos ausgeklagte Forderungen im Nennbetrag von über 50000 Mk. an M. C. ohne Haftung für Einbringlichkeit ab; seine Unterschrift wurde notariell beglaubigt. Als Beglaubigungsgebühr erhob der Notar 17 Mk. 60 Pf. unter Zugrundelegung eines Werts von 50—60000 Mk.; der Zessionspreis war aus der Abtretungserklärung nicht ersichtlich. Auf Anrufen des M. C., der nunmehr zugleich den eigentlichen lediglich privatschriftlichen Abtretungsvertrag mit einem Zessionspreis von 760 Mk. vorlegte, setzte das LG. den Wert auf 2000 Mk. als denjenigen Betrag herab, den M. C. selbst als angemessen bezeichnet. Bei der Begründung wurde ausgeführt, daß im Bereich der NotGebO. der Wert einer Forderung sich nicht nach dem Nennbetrag, sondern nach der Einbringlichkeit bestimme, bei Zessionen (Forderungsverkäufen) demnach regelmäßig nach dem Preis, den der Verkäufer erhebt (vgl. n. S. 4, 814), zumal nach § 448 BGB. letzterer regelmäßig auch die Uebertragungskosten zahlen müsse. Die Beschwerde des Notars, worin er sich auf das Fehlen einer dem § 148 KO. ähnlichen Bestimmung im GebG. und auf die bisherige allgemeine Praxis bezog, blieb erfolglos.

Aus den Gründen: Der dem GebG. entnommene Ausdruck „Gegenstandssumme" paßt eigentlich nur für den im Art. 40 GebG. vorgesehenen Fall, daß der Gegenstand des Geschäfts in einer bestimmten Geldsumme besteht, wie z. B. Darlehen, Schenkung, Schuldversprechen. Der Gegenstand des streitigen Rechtsgeschäfts besteht aber nicht in der Summe der Beträge der abgetretenen Forderungen und überhaupt nicht in einer bestimmten Geldsumme, sondern in Ansprüchen auf Zahlung. Nach Art. 9 NotGebO. könnten die Beträge der abgetretenen Forderungen nur dann der Bemessung des Wertes zugrunde gelegt werden, wenn der Wert der einzelnen Forderungen ihrem Betrag gleichkäme. Der Wert einer Forderung ist das in Geld ausgedrückte Ergebnis der Schätzung ihrer wirtschaftlichen Bedeutung. Daß Konkursaktiven, die trotz des Bestehens von Vollstreckungstiteln als „Dubios" bisher nicht einziehbar und „ohne Gewähr" abgetreten wurden, nur einen weit unter ihrem Betrag stehenden wirtschaftlichen Wert haben können, ist ohne weiteres klar. Mangels besonderer Bestimmungen hat daher die Festsetzung des Werts nach vernünftigem Ermessen zu erfolgen (Art. 10 NotGebO.). Wenn das LG. auf Grund der neuerlich vorgelegten Urkunde das Entgelt von 760 Mk. als glaubhaft angesehen und den Wert gleichwohl auf 2000 Mk., also nicht unbeträchtlich höher angenommen hat, so liegt kein Anhaltspunkt dafür vor, daß es dabei von seinem Ermessen zuungunsten des Notars einen unrichtigen Gebrauch gemacht hat. (Beschl. vom 18. Febr. 1907; Reg.-Nr. IV Nr. 2/07).

845 N.

III.

Voraussetzung des Antrags, daß ein anderes Gericht als das zuständige eine Vormundschaft zu übernehmen habe (FGG. § 46). Die Köchin Th. K. von St. Amtsgerichts W. hat am 28. Februar 1907 zu M. ein uneheliches Kind geboren; es befindet sich bei ihr in M. Das Amtsgericht M. nahm die Anträge der Mutter und die Erklärungen des Vaters des Kindes entgegen und sendete die Protokolle an das Amtsgericht W. als das seiner Meinung nach zuständige Vormundschaftsgericht. Dieses Gericht ersuchte hierauf ohne weiteres das Amtsgericht M. für den Fall, daß es sich nicht ohnehin schon als zuständig erachten sollte, die Vormundschaft aus „Zweckmäßigkeitsgründen" nach § 46 Abs. 1 FGG. zu übernehmen. Das Amtsgericht M. verneinte seine Zuständigkeit und lehnte die Uebernahme ab, weil eine Vormundschaft überhaupt noch nicht bestehe. Das Amtsgericht W. legte die Akten dem Obersten Landesgerichte vor; es beantragte, nach § 46 Abs. 2 FGG. zu entscheiden. Der Antrag wurde mit folgender Begründung zurückgewiesen. § 46 Abs. 1 bestimmt, daß „die Vormundschaft" aus wichtigen Gründen an ein anderes Gericht abgegeben werden kann. Anhängig wird aber die Vormundschaft erst dadurch, daß das Gericht sie „anordnet" (BGB. § 1774). Solange die Vormundschaft nicht angeordnet ist, besteht sie nicht, wenn auch einer der Fälle vorliegt, in denen nach den Vorschriften des BGB. eine Vormundschaft einzutreten hat. Die Meinung, daß die Vormundschaft schon dann bestehe, wenn ein Gericht mit der Frage „befaßt" wurde, ob eine Vormundschaft anzuordnen sei, ist irrig. Die Vorschriften unterscheiden schon dem Wortlaute nach zwischen „anhängig sein" (§§ 36, 37 FGG.) und „befaßt werden" (§ 43), je nachdem es sich um eine Vormundschaft (Pflegschaft) oder um eine Verrichtung des Vormundschaftsgerichts handelt, die nicht eine Vormundschaft oder Pflegschaft betrifft. (Beschluß des II. ZS. vom 13. Mai 1907, Reg. IV 29/1907).

940 W.

B. Strafsachen.

Ne bis in idem; „Mitlaufen" als Drohung oder Ehrverletzung im Sinne des § 153 GewO.; irrtümliche Belehrung durch einen Beamten; Freisprechung wegen eines Reates bei Idealkonkurrenz, Rechtskraft. Im Mai 1905 trat in S. ein großer Teil der Maurer und Bauarbeiter in einen organisierten Streik zur Erzielung günstigerer Arbeitsbedingungen. Es gelang jedoch den Arbeitgebern, Arbeitswillige zu finden. Da letztere von den Streikenden häufig belästigt wurden, riefen sie den Schutz des Polizeibehörden an, auf deren Anordnung die Arbeitswilligen unter Begleitung von Polizeiorganen an die Arbeitsstellen geführt und abgeholt wurden. Diese Aufzüge wurden regelmäßig von einer Volksmenge begleitet, die sich aus streikenden Arbeitern und Neugierigen zusammensetzte. Zu ernsteren Ausschreitungen kam es bei diesen Vorgängen, die etwa 6 Wochen dauerten, nicht, doch kam es vor, daß Arbeitswillige geringfügig mißhandelt, bedroht oder beleidigt wurden. Der Angeklagte beteiligte sich öfter an diesen Aufzügen und wurde durch drei Urteile bestraft. Im vierten Strafverfahren wurde er in 1. und 2. Instanz freigesprochen. Auf die Revision des Staatsanwaltes wurde das Berufungsurteil aufgehoben.

Aus den Gründen: I. Der Grundsatz „ne bis in idem" ist mit Unrecht zugunsten des Angeklagten angewendet worden. Es haben zwar eine Zeitlang das RG., ferner das OLG. München und das ObLG. diesen Grundsatz als ausschließlich dem Prozeßrechte angehörig behandelt, allein, wie das RG. in den Entsch. Bd. 7 S. 33, Bd. 15 S. 146, Bd. 25 S. 29 und Bd. 35 S. 370, so hat das ObLG. in neueren Entscheidungen (Bd. 3 S. 40, Bd. 4 S. 134, Bd. 5 S. 56, 67, 144, 400, Bd. 6 S. 89, vgl. Bd. 2 S. 60, 122, 378) ausgesprochen, daß jener Grundsatz auch materiellrechtlich ist. Damit in Anwendung dieses Grundsatzes eine Verurteilung abgelehnt werden darf, ist klarzulegen, daß der zur Aburteilung vorliegende Vorgang mit dem Gegenstande eines früheren Urteils identisch ist. Eine solche Identität ist allerdings auch, wenn in dem früheren Urteile ein Kollektivdelikt oder ein fortgesetztes Delikt angenommen worden ist, insoweit gegeben, als die der neuen Aburteilung unterworfenen Vorgänge in die Zeit vor der Erlassung des früheren Urteils fallen und infolgedessen wegen ihres Zusammenhangs mit der dort abgeurteilten Straftat als der rechtlichen Selbständigkeit entbehrend angesehen und

ebenfalls noch zum Gegenstande der Aburteilung durch den ersterkennenden Richter hätten gemacht werden können. Unter solchen Umständen würde der Grundsatz ne bis in idem einer neuen Aburteilung selbst dann im Wege stehen, wenn die Vorkommnisse bei der Erlassung des früheren Urteils dem Strafgerichte noch nicht bekannt gewesen wären und diesem so die Möglichkeit gefehlt hätte, sie in Rechnung zu ziehen. Anderseits ist es unerläßlich, daß der ersterkennende Richter unzweideutig ausgesprochen habe, daß er hinsichtlich aller vor seiner Entscheidung erfolgten Tätigkeitsakte wegen der Einheitlichkeit des Vorsatzes, der Gleichartigkeit und des äußeren Zusammenhangs ein fortgesetztes Delikt angenommen habe. Die Frage, ob ein Vorgang so bereits durch eine frühere Entscheidung abgeurteilt worden ist, kann an der Hand des Inhalts jener auch noch vom Revisionsgerichte geprüft werden. Die früheren Verurteilungen haben aber das ganze Verhalten des Angeklagten nicht als ein fortgesetztes Delikt behandelt, vielmehr haben sie immer nur bestimmte einzelne Vorfälle zu ihrem Gegenstande gemacht.

II. Hinsichtlich der Frage, ob das „bloße Mitlaufen“ Drohung oder Ehrverletzung im Sinne des § 153 GewO. sein könne, wäre zu untersuchen gewesen, ob nicht die durch $1^1/_2$ Monate fortgesetzte „Begleitung“ der Arbeitswilligen eine Beeinträchtigung der persönlichen Freiheit der Arbeitswilligen und eine Verletzung ihrer Ehre gewesen sei, insbesondere bei der Feststellung, daß die Absicht des Angeklagten und seiner Genossen in erster Linie dahin ging, zu demonstrieren und den Arbeitswilligen das Arbeiten zu verleiden und sie so mittelbar zur Niederlegung der Arbeit zu veranlassen. Nach der Feststellung des schöffengerichtlichen Urteils hat der Angeklagte beim Bezirksamte sich darüber beklagt, daß die Gendarmen ihnen verbieten wollten, mit den Arbeitswilligen nach D. zu gehen, und der Bezirksamtmann hat geantwortet: „Von mir“ oder „vom Bezirksamt“ ist es nicht verboten. Hieraus konnte nicht geschlossen werden, daß das „Mitgehen“ nicht verboten sei. Aber selbst wenn dies der Fall wäre, würde die Aeußerung des Bezirksamtmannes an der Rechtswidrigkeit der Handlung des Angeklagten nichts ändern, weil eine irrtümliche Belehrung immer nur auf den subjektiven Tatbestand, nicht aber für die objektive Seite einer strafbaren Handlung von Bedeutung sein kann — ganz zu schweigen davon, daß der Bezirksamtmann damals vermutlich nicht voraussehen konnte, daß das „Mitgehen“ einen solchen Umfang annehmen und Bedrohungen und Beleidigungen mit sich bringen werde.

III. Der Eröffnungsbeschluß ist ferner auf § 360 Nr. 11 StGB. und die Annahme gestützt, daß der Angeklagte (und seine bereits früher abgeurteilten Mitangeklagten) durch ihre Handlung zugleich groben Unfug verübt hätten. Die Strafkammer hat diesen Punkt nicht mehr weiter berührt, vermutlich ausgehend davon, daß die vom Schöffengerichte erkannte Freisprechung bezüglich der Uebertretung nach § 360 Nr. 11 rechtskräftig geworden sei, weil der Amtsanwalt nur wegen „Vergehens gemäß § 153 GewO.“ Berufung eingelegt und hierbei die Uebertretung unerwähnt gelassen habe. Eine solche Anschauung verstößt gegen die Grundsätze der Lehre von der Idealkonkurrenz. Eine einheitliche Handlung, zu deren allseitiger rechtlicher Beurteilung mehrere Strafgesetze herangezogen werden müssen, ist überhaupt nicht teilbar in dem Sinne, daß in Beziehung auf einen rechtlichen Gesichtspunkt eine Freisprechung und in Beziehung auf einen anderen eine Verurteilung erfolgen könnte. Deshalb ist es auch ausgeschlossen, daß eine solche trotzdem ausgesprochene Freisprechung rechtskräftig werden könnte. (Urt. vom 5. März 1907, Rev.-Reg. 55/07).

873 H.

Oberlandesgericht München.

I.

Nichtaufgabe der Bühnentätigkeit als Scheidungsgrund (§ 1568 BGB.). Der Kläger (früherer Offizier, nun Dr. phil. und Redakteur) begehrte Scheidung seiner 1904 mit einer Schauspielerin geschlossenen Ehe, weil die Beklagte trotz ihres wiederholten Versprechens vor und nach der Trauung und gegen das entschiedene Verbot des Klägers schon 1905 ausgedehnte Gastspiele unternommen und 1906 hierfür sogar ins Ausland Verpflichtungen übernommen habe. Der Kläger sei ihr gegen das Versprechen, daß es das letzte Auftreten sein werde, auch dorthin gefolgt. In Südamerika habe sich aber die Beklagte gleichwohl für ein weiteres Jahr verpflichtet und sich geweigert, mit dem Gatten heimzukehren. Die Beklagte hat diesen Tatbestand zugegeben und Urteil nach Sachlage mit dem Bemerken beantragt, sie könne sich vom Theater, dem sie von Jugend auf angehöre, nicht trennen. Das LG. wies die Scheidungsklage ab, weil es sich von einer unheilbaren Ehezerrüttung nicht überzeugen konnte. In der Berufungsinstanz machte der Kläger weiter geltend, die Beklagte habe sich nunmehr zu einem fünfjährigen Gastspiel in Südamerika fest verpflichtet, es übrigens bei einem vorübergehenden Aufenthalt in M. nicht einmal der Mühe wert gefunden, ihren Mann auch nur zu besuchen. Die Beklagte gab auch dies zu und legte den ohne Zustimmung des Ehemannes geschlossenen Vertrag vor. Der Berufung wurde stattgegeben und die Ehe aus Verschulden der Beklagten geschieden.

Aus den Gründen: Der nunmehr vorliegende Vertrag entfernt die Ehefrau auf eine ganze Reihe von Jahren aus dem Bereich ihres häuslichen Lebens und erhebt ihre Bühnentätigkeit zu einer auf Jahre hinaus dauernden Berufsstellung. Was bisher vom Kläger als eine durch Anlage und Neigung zu entschuldigende Rückfälligkeit, wenn auch widerwillig, geduldet worden war, ist durch die Eigenmächtigkeit der Beklagten zu einer dauernden Einrichtung geworden, die es geradezu ausschließt, die Neigung zur Bühne mit den Pflichten der Gattin noch irgendwie in Einklang zu setzen. Sie kommt einer lang andauernden Unterbrechung des ehelichen Lebens gleich und wird vom Kläger mit Grund als ein Bruch ehelicher Versprechungen und als eine Zurückweisung der ehelichen Gemeinschaft überhaupt angesehen. Nicht die Weigerung allein, zu ihrem Gatten zurückzukehren, und die darin liegende bösliche Verlassung ist es, was das Klagerecht erschöpft, sondern die Zerrüttung des ehelichen Lebens durch offene Auflehnung und eigenmächtige Befreiung von gegebenen Versprechungen. Ein solches Verhalten enthält nicht nur eine schwere Verletzung der Ehepflichten, sondern geradezu die Lossagung von diesen Pflichten und hat gegenüber dem auf Erhaltung dieser Gemeinschaft gerichteten Willen des Klägers schon wegen der darin liegenden Mißachtung und Kränkung eine so tiefe Zerrüttung des ehelichen Lebens herbeiführen müssen, daß dem Kläger die Fortsetzung der Ehe nicht mehr zugemutet werden kann. — Das Urteil wurde durch Revisionsverzicht rechtskräftig. (Urt. vom 13. April 1907; Nr. 230/07 II).

921 N.

II.

Form und Inhalt des Verzeichnisses nach § 2314 BGB.; Unterschied von dem Verzeichnisse der §§ 1960 und 1993 BGB.; Offenbarungseid nach § 2314 BGB. Die Beklagte ist auf Grund Erbvertrages die alleinige Erbin ihres im Jahre 1906 verstorbenen Ehemannes; bei der Nachlaßverhandlung hat sie zu Protokoll des Amtsrichters den Nachlaß unter Aufführung der einzelnen Vermögensbestandteile und Passiven auf 37 900 Mk. angegeben. Die Klägerin, die ersteheliche Tochter

des Ehemannes, hat die Vollständigkeit dieser Aufstellung nicht anerkannt und bei dem Nachlaßgerichte beantragt, der Beklagten den Offenbarungseid abzunehmen, weil das Verzeichnis nicht mit der erforderlichen Sorgfalt hergestellt sei. Die Beklagte hat ihre Verpflichtung zur Eidesleistung bestritten, jedoch die Nachlaßangabe durch Einstellung zweier Aktivforderungen ergänzt und nach der Zustellung der Klage dem Nachlaßgerichte noch ein erweitertes Verzeichnis der fahrenden Habe übergeben. Die Tochter erhob Klage gegen die Witwe auf Ableistung des Offenbarungseides nach § 2314 BGB. Die Klage wurde vom Landgerichte mit folgender Begründung abgewiesen: Die Klägerin ist als Pflichtteilsberechtigte Nachlaßgläubigerin; die Erzwingung des ihr hiernach gemäß § 2006 BGB. zustehenden Anspruchs auf Leistung des Offenbarungseides ist keine klagbare Verbindlichkeit. Die Voraussetzungen für das Verlangen der Eidesleistung aus §§ 2314, 260 BGB. sind nicht gegeben. Das OLG. hat unter Aufhebung des Urteiles erkannt: „Die Beklagte ist schuldig den Offenbarungseid zu leisten, daß sie nach bestem Wissen den Bestand des Nachlasses ihres verstorbenen Ehemannes so vollständig angegeben habe, als sie dazu imstande sei".

Aus den Gründen: Der der Klägerin als Pflichtteilsberechtigten gegen die Beklagte als Erbin zustehende Anspruch auf Ableistung des Offenbarungseides nach §§ 2314, 260 BGB. kann im Prozeßwege erzwungen werden. Die Einrede der Beklagten, daß die Voraussetzungen für ihre Verpflichtung zur Leistung des Offenbarungseides mangele, daß die Klägerin von ihr überhaupt das Nachlaßverzeichnis noch nicht verlangt habe und ein solches auch nicht vorliege, geht fehl. Das Verzeichnis der §§ 2314, 260 BGB., das der Erbe auf Verlangen des Pflichtteilsberechtigten durch den Offenbarungseid zu bekräftigen hat, ist im Gegensatze zum Verzeichnisse des § 1960 BGB. und dem des § 1993 BGB. (Nachlaßinventar) in erster Linie ein von dem Erben anzufertigendes formloses, privates Schriftstück. Der Pflichtteilsberechtigte ist zwar befugt, die Herstellung dieses Verzeichnisses in der Form des Nachlaßinventars zu verlangen (Satz 3 § 2314 l. c.), er kann sich aber auch mit einem formlosen Privatverzeichnis des Erben begnügen. Auch für den Inhalt des Verzeichnisses des § 2314 BGB. sind positive Vorschriften nicht vorhanden, insbesondere ist § 2001 l. c. nicht anwendbar. Es genügt, daß das Verzeichnis eine Zusammenstellung der einzelnen Nachlaßbestandteile mit Einschluß der Forderungen und Passiven enthält. Diesem Erfordernisse genügt auch die zum Protokolle des Nachlaßgerichts abgegebene Nachlaßmanifestation des Erben, wenn sie auch zunächst dem Zwecke dient, den landesgesetzlichen Vorschriften über die Nachlaßbehandlung nachzukommen. Im übrigen liegen auch die materiellen Voraussetzungen für die Verpflichtung der Beklagten zur Leistung des Offenbarungseides nach § 2314 BGB. vor, weil ihr Verhalten bei der Nachlaßmanifestation der Klägerin Grund zur Annahme gab, daß die Beklagte das Verzeichnis nicht mit der erforderlichen Sorgfalt aufgestellt habe und mehr nicht gefordert wird. (Urt. vom 10. April 1907, B.R. 65/07 IV).

905 V.. .....

Oberlandesgericht Zweibrücken.

Berechnung der Maklergebühr beim Tauschvertrag. Der Kläger, ein gewerbsmäßiger Grundstücksmakler, hat ein Tauschgeschäft vermittelt, wonach zwei Häuser im Anschlage von 67 000 Mk. gegen ein Haus im Anschlage von 10 000 Mk. übertragen und die Tauschaufgabe durch Uebernahme von Hypotheken und Barzahlung ausgewiesen wurde. Er erhielt für seine Vermittlung von dem Eigentümer der zwei Häuser die übliche Provision zu 1 % mit 670 Mk.; mit dem anderen Tauschvertragsteile, dem nunmehrigen Beklagten, war für den Erwerb jener Häuser eine Provision mit $\frac{1}{2}$ %, d. i. 335 Mk. vereinbart. Die Klage geht auf Verurteilung des Beklagten zur Zahlung von weiteren 100 Mk. als der üblichen 1%igen Provision vom Anschlage des von ihm in Tausch gegebenen Hauses. Auf die Berufung der Beklagten wurde das verurteilende Erkenntnis des Landgerichts aufgehoben und die Klage abgewiesen.

Aus den Gründen: Weder aus der Natur eines Tauschvertrages als solchen noch aus einer allgemeinen Verkehrssitte noch aus einer Besonderheit des Falles ergibt sich ein Recht des Klägers, neben der von beiden Vertragsparteien an ihn zu zahlenden Provision vom Anschlage des wertvolleren Objektes auch noch vom Anschlage des anderen in Tausch gegebenen Hauses eine Provision zu verlangen. Ein Tauschvertrag (Mot. II, 367) bemißt sich allerdings nach den Vorschriften über den Kaufvertrag: jeder der Tauschenden steht in Ansehung der von ihm versprochenen Leistung dem Verkäufer und in Ansehung der ihm versprochenen Leistung dem Käufer gleich. Das bezieht sich aber nur auf das gegenseitige Verhältnis der Vertragsteile und kann auf die Bemessung der Ansprüche desjenigen nicht angewendet werden, der das Geschäft und zwar nicht die juristische Form, sondern den ökonomischen Inhalt vermittelt. Das BerG. tritt der Anschauung des OLG. Karlsruhe (OLG. 12, 91) bei, der zufolge für die Berechnung der Vermittlergebühr nur das wertvollere Objekt in Anschlag kommt, und erblickt mit diesem Gerichte einen Anhaltspunkt für diese Meinung darin, daß das maßgebende Gebührengesetz (GebG. Art. 184, 146 Abs. 1 Ziff. 3) im Falle, daß neben der Leistung auch eine Gegenleistung statthat, die vom Notariatsakt zu erhebende Staatsgebühr nach dem größeren Werte der Leistung oder Gegenleistung berechnet und diesem Falle den gegenüberstellt, in dem es sich um zwei unabhängige Rechtsgeschäfte handelt. Der vorliegende Fall bietet auch keine Besonderheit gegenüber dem regelmäßigen Hergange bei Grundstückstauschverträgen. Von den überhaupt eines Maklers bedürfenden Tauschgeschäften werden es nur sehr wenige sein, bei denen die Tauschenden von vornherein entschlossen sind, bestimmte Grundstücke gegen bestimmte andere abzutauschen. Bei den weitaus meisten durch einen Makler vermittelten Tauschgeschäften wird es sich darum handeln, daß jeder der Kontrahenten zunächst sein Eigentum möglichst vorteilhaft los werden und erst wenn oder weil nicht anders möglich, fremdes Eigentum, dann aber zu möglichst geringem Anschlage, darannehmen will: Sache des Vermittlers ist es, die widerstreitenden Interessen einander zu nähern und auszugleichen. Mehr hat der Kläger nicht getan. (Urt. vom 14. Mai 1907, L 82/07).

939 Mitget. von Oberlandesgerichtsrat Lunglmayr in Zweibrücken.

Landgericht München I.

Zustellung von Urteilen des Kaufmannsgerichtes. (§ 16 KGG., §§ 26, 32, 55 GGG., §§ 81, 83, 88, 176 ZPO.).

a) Im Rubrum des Urteiles eines Kaufmannsgerichtes waren die Parteien in folgender Weise bezeichnet: „Kaufhaus X., G. m. b. H., vertreten durch Y. gegen A. Im Sitzungsprotokolle waren als erschienen aufgeführt: Für Klageteil X. Direktor Y. unter Bezugnahme auf seine bei dem Gerichte befindliche Generalvollmacht. Dieses Urteil wurde an das Kaufhaus X. zugestellt; dessen Berufung wurde als unzulässig verworfen." Aus den Gründen: Die von Amts wegen vorzunehmende Prüfung der gesetzlichen Form und Frist der Berufungseinlegung (§ 535 ZPO.) hat ergeben,



daß die Berufung nicht in der gesetzlichen Frist erhoben ist. Die Berufungsfrist beginnt für jede Partei mit der ordnungsgemäßen Zustellung. (§ 16 KGG., § 55 GGG., § 516 ZPO.). Die Zustellungen des Kaufmannsgerichtes erfolgen von Amts wegen (§ 16 l. c., § 26, 32 GGG.); sie müssen aber an den für die Instanz bestellten Prozeßbevollmächtigten erfolgen (§ 176 ZPO.); den Vollmachtspunkt hat das Kaufmannsgericht von Amts wegen zu prüfen (§ 16 l. c., § 26 GGG., § 88 ZPO.). Y. war der für das Kaufhaus bestellte Prozeßbevollmächtigte der Instanz auf Grund seiner beim Kaufmannsgerichte hinterlegten Generalvollmacht (§ 80 ZPO.); als solchen hat ihn auch das Urteil bezeichnet, obwohl § 49 GGG. im Gegensatze zu § 313 ZPO. die Bezeichnung der Prozeßbevollmächtigten nicht vorschreibt. Die auf Grund der Urteilszustellung an das Kaufhaus X. selbst von diesem eingelegte Berufung ist sohin verfrüht, weil vor rechtswirksamer Zustellung des Urteiles erfolgt. (§ 516 ZPO.).

b) Das Rubrum eines anderen Urteiles des Kaufmannsgerichtes lautete: „Kaufhaus X., G. m. b. H., vertreten durch Y. gegen A.“; im Sitzungsprotokolle war Y. als Prozeßbevollmächtigter aufgeführt und für den Beklagten dessen Ehefrau, „welche Prozeßvollmacht übergab“. Das Urteil wurde an A. selbst zugestellt; dessen Berufung zunächst an das Kaufhaus X. selbst, sodann mit neuer Terminbestimmung an den Prozeßbevollmächtigten Y., beide Zustellungen nach Zustellung des Urteiles innerhalb der Berufungsfrist. Die erste Berufung des Beklagten wurde als unzulässig verworfen, weil nicht an den Prozeßbevollmächtigten der Klägerin zugestellt. (§ 535, 176 ZPO., § 16 KGG., § 55 GGG., § 16 ZPO.). Die zweite Berufung wurde als ordnungsmäßig eingelegt erklärt. Gründe: Die Vollmacht des Beklagten, in der er seine Ehefrau zur Vertretung vor dem Kaufmannsgerichte „in sämtlichen bestehenden Terminen“ bevollmächtigte, ist nur als Vollmacht nach § 81 Abs. 2 ZPO. zu erachten. Ihre Bezeichnung als Prozeßvollmacht durch das Kaufmannsgericht ist nicht ausschlaggebend, sondern ihr Inhalt nach dem Willen des Vollmachtgebers. Wenn dieser in so bestimmter Weise die Vollmacht auf seine Vertretung in den wahrzunehmenden Terminen einschränkt, wie es hier der Fall ist, so ist damit sein Wille, eine allgemeine Prozeßvollmacht nach § 81 ZPO. nicht zu erteilen, deutlich und einwandfrei ausgedrückt. Die Zustellung des Urteiles an den Beklagten selbst hat deshalb die Berufungsfrist für ihn ordnungsmäßig eröffnet. (Urteile des LG. München I PRNr. f 193/06 vom 13. Dezember 1906 und PRNr. f 294/06 vom 21. März 1907).

864 V . . . . .

Literatur.

Staub, Hermann, Kommentar zum Gesetze betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung. 2. Aufl. mit Benutzung des handschriftlichen Nachlasses bearbeitet von **Dr. Max Hachenburg,** Rechtsanwalt in Mannheim. Berlin 1906, J. Guttentags Verlagsbuchhandlung. Brosch. Mk. 13.—, gebd. Mk. 14.20.

Der Wert der Staubschen Kommentare ist so allgemein anerkannt, daß die Erhaltung dieser Werke auf der ursprünglichen Höhe ihrer wissenschaftlichen Bedeutung gewiß als ein Verdienst um die Rechtswissenschaft zu rühmen ist. Einen vollgültigen Anspruch auf die Zuerkennung dieses Verdienstes hat sich der Bearbeiter durch die Herausgabe der 2. Auflage des Kommentars zum Gesetze betr. die G. m. b. H. erworben. Mit Pietät, aber auch mit voller Selbständigkeit hat Hachenburg das Werk in der Art seines Schöpfers fortgeführt und es dabei nicht unwesentlich erweitert. Große und wichtige Partien, wie z. B. die Abhandlung über die Sacheinlagen, haben eine eingehende Umarbeitung und Vervollständigung erfahren. Wo Hachenburg glaubte, von der in der 1. Auflage vertretenen Rechtsanschauung abweichen zu müssen, hat er dies ausdrücklich hervorgehoben und die Gründe hierfür eingehend angegeben. In diesen Fällen den Kampf der widerstreitenden Meinungen zu verfolgen, ist für den Leser immer interessant und lehrreich. Nicht immer freilich wird er sich zugunsten der in der 2. Auflage vertretenen Anschauung entscheiden können. Damit soll indes die dem Werke gezollte Anerkennung in keiner Weise eingeschränkt werden.

St.

Reinhard, Paul, Oberlandesgerichtsrat in Dresden. Gesetz über die Zwangsversteigerung und die Zwangsverwaltung vom 24. März 1897 nebst dem EG. Handausgabe mit Einleitung, Erläuterungen und Register. 3. Aufl. Leipzig 1907, Roßberg'sche Verlagsbuchhandlung, (Arthur Roßberg). (Bd. 250 der jur. Handbibliothek, herausgegeben von Max Hallbauer und Dr. W. Schelcher). Gebd. Mk. 5.50.

Der Verfasser hat sich durch seinen großen Kommentar zum ZwVG. in der rühmlichsten Weise bekannt gemacht und in zahlreichen Abhandlungen die wissenschaftliche Durchforschung des schwierigen Stoffes gefördert. Seine kleine Handausgabe hat er jetzt weiter ausgestaltet; die Bemerkungen bieten eine kurzgefaßte aber erschöpfende Uebersicht über den gegenwärtigen Stand der Auslegung des Gesetzes.

von der Pfordten.

Krazeisen, Karl von, Staatsrat i. o. D. Das bayerische Landtagswahlgesetz vom 9. April 1906. Mit den Vollzugsvorschriften und einer Karte der Wahlkreiseinteilung. München 1907, C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung (Oskar Beck). Gebd. Mk. 3.—.

Eine Zusammenstellung der Texte, verbunden mit einem Abdrucke zahlreicher Abschnitte aus den Materialien; einige Erläuterungen sind beigefügt.

von der Pfordten.

Notiz.

Bekanntmachung vom 8. Mai 1907, betr. die im Auslande zu erledigenden Ersuchungsschreiben der Justizbehörden (JMBl. S. 127). Der internationale Rechtsverkehr hat in den letzten zwanzig Jahren eine mächtige Förderung erfahren. Die Bekanntmachung vom 28. November 1887 (JMBl. S. 279) ist deshalb veraltet und mußte durch eine neue Zusammenstellung ersetzt werden. Die Aenderungen betreffen meistens die Aeußerlichkeiten des Verkehrs, aber auch tiefergreifende Aenderungen wurden vorgesehen.

1. Die bisherige Scheidung von Gesuchen um Rechtshilfe und Gesuchen außerhalb des Gebiets der Rechtshilfe wurde beibehalten. Sie ist insoferne von größerer Bedeutung, als den Justizbehörden ein Schriftwechsel mit den ausländischen Behörden — unmittelbar oder auf dem diplomatischen Wege — grundsätzlich nur in Rechtshilfesachen gestattet ist (§§ 52, 53). Bei Gesuchen außerhalb des Gebiets der Rechtshilfe ist jetzt dem Justizministerium eine für die fremde Regierung bestimmte, aber mit einer Adresse nicht versehene „Denkschrift“ einzureichen. Die Denkschrift ist mit einem an das Justizministerium gerichteten Begleitberichte vorzulegen, in dem die Ausführungen gemacht werden können, die sich zur Aufnahme in die Denkschrift nicht eignen.

2. Im Anschlusse hieran ist zu beachten der Unterschied zwischen Begleitbericht und Ersuchungsschreiben. Die Justizbehörden haben künftig die Schreiben

für die ausländischen Behörden, mit denen unmittelbar nicht verkehrt werden darf, mit einem für das Justizministerium bestimmten Berichte vorzulegen. Die knappe Fassung des Berichts ist zur Pflicht gemacht (§ 5 Abs. 3). Ueber Form und Inhalt der Ersuchungsschreiben s. §§ 2, 3. Hält man sich den Zweck der beiden Schriftstücke vor Augen, so begreift man, warum die Adresse der ersuchten Behörde in das Schreiben gewöhnlich nicht aufgenommen werden soll (§ 2 Abs. 2), während sie in dem Begleitberichte womöglich angegeben werden soll (§ 5 Abs. 3). Die Erfahrung lehrt, daß die von der ersuchenden Behörde eingesetzte Adresse häufig unrichtig ist. Im Interesse der Sache liegt es, wenn erst der diplomatische Vertreter oder die fremde Regierung die Adresse einsetzt. Durch die Angaben in dem Begleitberichte soll diese Aufgabe erleichtert werden. Der Briefumschlag mit dem fliegenden Siegel, das schon manchem schweres Kopfzerbrechen verursacht hat, fällt künftig weg, auch bei Schreiben an Konsuln und Gesandte. Auch das „Postpapier" ist erlassen; festes weißes Papier gewöhnlichen Aktenformats kann auch für die Ersuchungsschreiben und deren Anlagen verwendet werden. Eine Bemerkung über den Kostenvorschuß gehört regelmäßig in den Begleitbericht, nicht in das Ersuchungsschreiben (§ 3 Abs. 3).

3. Die Vermittelung der Vorlage gerichtlicher Ersuchungsschreiben durch den Staatsanwalt ist beseitigt. An ihre Stelle tritt ein Prüfungsverfahren, das der Stellung der Gerichte Rechnung trägt (§ 4). Ein Bericht an die prüfende Stelle ist nicht erforderlich und nur in seltenen Fällen angezeigt; ebensowenig ein Bericht der prüfenden Stelle an das Ministerium (s. § 4 Abs. 1). Unnützes Schreibwerk würde den Absichten der Bekanntmachung zuwiderlaufen.

4. In den Kreis der Behörden, an die sich die Vorschriften wenden, treten die Notariate (§ 1). Der Kreis der Behörden, mit denen unmittelbar verkehrt werden darf, hat sich wenig geändert (§§ 21, 53). Die Mahnung, mit den ungarischen Behörden nur auf dem diplomatischen Wege zu verkehren (vgl. noch die Nachlaßordnung vom 20. März 1903 § 135), hat sich in ein Verbot des unmittelbaren Verkehrs verwandelt, das nur in dringenden Fällen übertreten werden darf (§ 41 Abs. 1). Den staatsrechtlichen Empfindungen der Ungarn wird manchmal dadurch zu nahe getreten, daß ihre Behörden als „K. u. K. österreichisch-ungarische Bezirksgerichte" u. dgl. bezeichnet werden, obwohl es dort nur „Königlich ungarische" Behörden gibt. Auf die genaue Beachtung dieses Unterschieds wird in Ungarn großer Wert gelegt.

5. Mit den Gesandten Bayerns und des Reichs und den deutschen Konsuln darf unmittelbar nicht verkehrt werden (§§ 12, 13). Die Gesandten kommen nur als Vermittler von Regierung zu Regierung in Betracht; sie vermitteln bei der fremden Regierung die Bewirkung von Zustellungen und die Weiterbehandlung anderer Ersuchen innerhalb und außerhalb des Gebiets der Rechtshilfe. Sie sind aber nie berufen, richterliche Handlungen im Auslande vorzunehmen, Zeugen zu vernehmen, Eide abzunehmen u. dgl. Die Bewegungsfreiheit der Konsuln ist viel größer, aber in den einzelnen Ländern verschieden groß. Das Nähere behandeln die §§ 14 ff. Mit den ausländischen Gesandten im Reiche dürfen die Justizbehörden, von vereinzelten Ausnahmen abgesehen, nicht unmittelbar in Benehmen treten. Mit den ausländischen Konsuln dürfen und sollen sie in der Regel unmittelbar verkehren (Bekanntmachung vom 28. Jan. 1907, JMBl. S. 52). Um Auskunft über ausländisches Recht und um die Uebersetzung ausländischer Gesetzesvorschriften dürfen aber ausländische Gesandte und Konsuln weder unmittelbar noch durch Vermittelung des Ministeriums ersucht werden (§ 52 Abs. 2 u. 4). Es empfiehlt sich, in Zweifelsfällen stets die Auskunft oder Uebersetzung durch die Vermittelung des bayerischen oder deutschen Gesandten oder des deutschen Konsuls zu beschaffen und hierwegen nach § 52 Abs. 1, 3 zu verfahren, dabei es aber dem Gesandten oder Konsul zu überlassen, ob er sich der Hilfe der ausländischen Behörden oder eines unabhängigen Sachverständigen bedienen will.

6. Der Zustellungsverkehr bewegt sich im allgemeinen in den bisherigen Bahnen. Die Vorschrift, daß alle Ersuchen um Zustellungen in Ungarn an den bayerischen Gesandten in Wien zu richten sind, daß hiernach die dortigen deutschen Konsuln um Vermittelung von Zustellungen nicht zu ersuchen sind (§ 41 Abs. 3), entspricht einer schon viele Jahre bestehenden generalisierten Anordnung.

7. Die Justizbehörden sind bei der Abfassung der Ersuchungsschreiben häufig im Zweifel, ob sie bei der ausländischen Behörde die Gewährung der Rechtshilfe nach deutschem Prozeßrechte beantragen können und sollen. Namentlich wenn eine Zeugenvernehmung oder die Abnahme von Eiden beantragt wird, tauchen diese Zweifel auf. Nach Art. 10 Abs. 2 des Haager Abkommens vom 14. November 1896 (RGBl. 1899 S. 285) hätten die Gerichte die Befugnis, auf eine Anwendung der Formen des deutschen Verfahrens hinzuwirken. Da aber Schwierigkeiten und Mißverständnisse entstehen könnten, soll es stets der ersuchten Behörde überlassen bleiben, die Formen des Verfahrens zu bestimmen (§ 22 Abs. 3, s. aber §§ 34 Abs. 3, 51 Abs. 2, 3). Ebenso ist die Bitte um Mitteilung des anberaumten Termins behufs Benachrichtigung der Beteiligten immer unter dem Vorbehalte zu stellen, daß die Benachrichtigung nach dem ausländischen Rechte zulässig ist. Es empfiehlt sich, wo es die Sachlage zuläßt, den Versuch zu machen, die Beteiligten zum Verzichte auf die Benachrichtigung zu bestimmen (§ 8).

Von den sonstigen Vorschriften mag kurz hervorgehoben werden, daß die Ersuchen stets deutsch abzufassen sind (§ 1 Abs. 1), daß es der Vorlage von Uebersetzungen in der Regel nicht bedarf (§ 22 Abs. 2), daß die Mitteilung von Abschriften gerichtlicher Beweisbeschlüsse u. dgl. und von Originalurkunden zu vermeiden ist (§ 3 Abs. 1), daß die unmittelbaren Sendungen zu frankieren sind (§ 5 Abs. 2), daß besondere Vorschriften wegen der Zustellung von Pfändungs- und Ueberweisungsbeschlüssen an den Drittschuldner bestehen (§ 7, III), und daß die Zwangsvollstreckung in den Schutzgebieten jetzt nur noch auf Grund einer beigefügten vollstreckbaren Ausfertigung der Entscheidung erfolgen kann (§ 11). Die Vorschrift über die Versendung von Akten an ausländische Behörden (§ 3 Abs. 1) befaßt sich nur mit dem Falle, daß die Akten zur Erläuterung eines inländischen Ersuchens dienen sollen. Sie läßt die bisherigen Vorschriften über die Versendung von Akten auf Ersuchen ausländischer Behörden stillschweigend unberührt.

Die mannigfachen Bestimmungen über den Verkehr mit den einzelnen Ländern können nicht erörtert werden. Sie sind nur im Zusammenhange mit den allgemeinen Vorschriften zu würdigen und zu verstehen. Für jeden Beamten, der in die Lage kommt, mit ausländischen Behörden amtlich zu verkehren, empfiehlt es sich, die Bekanntmachung im Zusammenhang aufmerksam durchzulesen. Die Lektüre wird ihm manchen Zweifel und vielleicht auch manche „Bemerkung" von oben sparen.

244

Verantwortl. Herausgeber: Th. von der Pfordten, K. Landgerichtsrat, verw. im Staatsministerium d. Justiz.

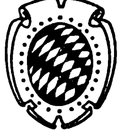
Eigentum von J. Schweitzer Verlag (Arthur Sellier) in München.
Druck von Dr. Franz Paul Datterer & Cie., G. m. b. H., Freising.

Nr. 13. München, den 1. Juli 1907. 3. Jahrg.

Zeitschrift für Rechtspflege in Bayern

Herausgegeben von
Th. von der Pfordten
K. Landgerichtsrat, verw. im K. Bayer. Staatsministerium der Justiz.

Verlag von
J. Schweitzer Verlag
(Arthur Sellier)
in München, Lenbachplatz 1.



Die Zeitschrift erscheint am 1. und 15. jeden Monats im Umfange von mindestens 2 Bogen. Preis vierteljährlich Mk. 3.—. Bestellungen übernimmt jede Buchhandlung und Postanstalt (Postzeitungsliste für Bayern Nr. 974a).

Redaktion und Expedition: München, Lenbachplatz 1. Insertionsgebühr 30 Pfg. für die halbgespaltene Petitzeile oder deren Raum. Bei Wiederholungen Rabatt. Stellenanzeigen 20 Pfg. Beilagen nach Uebereinkunft.

Die Scheidung zwischen vorsätzlichem und unvorsätzlichem Verhalten.

Von **Dr. A. Köhler**, a. o. Professor in München.

I. Die Frage der Abgrenzung des dolus eventualis von der nichtvorsätzlichen Schuld bildete wohl den Hauptanlaß zu dem in den letzten fünfzehn Jahren so lebhaft geführten Meinungsaustausch zwischen den Anhängern der Willenstheorie und der Vorstellungstheorie. Mit Rücksicht darauf, daß manche Vertreter der Willenstheorie[1]) gleich den Römern[2]) die Fälle nicht als vorsätzlich begangen erachteten, welche die heutige Praxis als dolus eventualis ansieht, diente es der Vorstellungstheorie zur Empfehlung, daß sie keine begrifflichen Bedenken zu beseitigen brauchte, um diese Fälle dem Vorsatz zuzurechnen.[3]) Mit der Vorstellungstheorie vermochte man allerdings den Stein des Anstoßes zu umschiffen, daß auch ein unerwünschter und nicht als höchst wahrscheinlich vorausgesehener Erfolg trotzdem vorsätzlich herbeigeführt sein könne. Aber dies war auch bei Anwendung der Willenstheorie, wie man sie[4]) in bezug auf den dolus eventualis schon vor dem Erscheinen der Frankschen Abhandlung formuliert hatte, möglich.[1]) Nachdem neuerdings von Anhängern der Willenstheorie[2]) klargelegt worden ist, daß sie das Wollen des Erfolges prinzipiell in den gleichen Fällen annehmen, wie die Anhänger der Vorstellungstheorie, nur mit anderen Formeln, wird von den Gegnern mehrfach eingeräumt, daß der Streit in der Hauptsache nur noch terminologische Bedeutung hat.[3])

Es handelt sich m. E. im wesentlichen um die Frage, ob der Schwerpunkt der Schuld (insbesondere beim Vorsatz) im Willen oder in der Vorstellung liegt. Hat man den Vorsatz als eine Art der Voraussicht oder als eine Art des Wollens zu definieren?[4]) Daß man auch einen Erfolg wollen könne, insbesondere im allgemeinen Sprachgebrauch des Lebens, wird wohl nicht mehr[5]) bestritten.[6]) Infolgedessen dürfte es sich zurzeit

[1]) Z. B. Hälschner, Gem. Dtsch. Strafr. 1, 394; v. Bar, Lehre vom Kausalzusammenhang 1871 S. 34.

[2]) Vgl. darüber u. a. Beschütz, Die Fahrlässigkeit 1907 Bd. 1, 43 f.

[3]) Vgl. Frank, ZStW. (1890) S. 10, 169 f., insbesondere 193, 194. An letzterer Stelle wird gesagt: „Die dogmengeschichtliche Untersuchung hat ergeben, daß die Auffassung des Dolus als eines Wollens des Erfolgs nicht ausreicht und daß man bei der Behandlung schwierigerer Fälle genötigt ist, in der einen oder der anderen Form die Vorstellungstheorie zu Hilfe zu rufen". Vgl. ferner v. Liszt, Verhandlungen des 24. deutschen Juristentages, Gutachten Bd. 1, 132, 133: „Die in den letzten Jahren siegreich vorgedrungene Vorstellungstheorie verdankt ihre weite Verbreitung gerade dem Umstande, daß sie für solche Fälle die Verurteilung wegen vorsätzlicher Verletzung ungleich besser sichert als die Willenstheorie" (Aufsätze 2, 282).

[4]) Z. B. bei v. Wächter, Vorles. 1881 S. 159; Schütze, Lehrb. 2. Aufl. S. 119; Geyer, Grdr. 1, 112.

[1]) Eine Verkehrung des Sach- und Streitstandes enthält also die Darstellung v. Liszts, Lehrb. 12/13. Aufl. S. 171, daß die Streitfrage ohne Bedeutung sei, „seitdem die Gegner zugeben, daß auch der nicht begehrte, aber als notwendig vorgestellte Erfolg gewollt sei". Denn erstens haben viele Anhänger der Willenstheorie daran schon vorher festgehalten und zweitens ist von denen, die früher den dolus eventualis ablehnten, dem Verfasser keiner bekannt geworden, der seine Ansicht etwa geändert hätte.

[2]) Z. B. von v. Rohland, Willenstheorie und Vorstellungstheorie 1904 S. 22; v. Hippel, Die Grenze von Vorsatz und Fahrlässigkeit 1903 S. 93 f.; Liepmann, Einleitung in das Strafrecht 1900 S. 141.

[3]) Vgl. v. Liszt, Lehrb. 14./15. Aufl. S. 173 Nr. 3; v. Liszt, Aufsätze 2, 255; Frank, StGB. 5.—7. Aufl. § 59 I a. E.; Thomsen, Das deutsche Strafrecht 1906/07 S. 122

[4]) Vgl. dazu als zwei gegensätzliche Vorsatzdefinitionen diejenige bei v. Liszt, Lehrb. 14./15. Aufl. § 39 I: „Vorsatz ist die die Willensbetätigung begleitende Kenntnis der sämtlichen zum gesetzlichen Tatbestande gehörenden Tatumstände" und diejenige bei Birkmeyer, Rechtsenz. 2. Aufl. § 16: „Vorsatz ist das Wollen einer Handlung trotz der Vorstellung aller derjenigen Merkmale, welche dieselbe zum Verbrechen stempeln".

[5]) Wohl aber früher. Vgl. z. B. v. Liszt, Lehrb. 4. Aufl. S. 175: „Vorsatz ist nicht Wille. Dieser bedeutet die Anspannung der Muskeln. Nur die Körperbewegung ist gewollt, niemals der Erfolg".

[6]) Vgl. Radbruch, Handlungsbegriff 1903 S. 122; Kohlrausch, ZStW. 24, 752; v. Hippel a. a. O. S. 14 f.; v. Rohland a. a. O. S. 16 f.

kaum lohnen, in alle Für und Wider der Frage, ob die Willenstheorie oder die Vorstellungstheorie richtiger ist, einzugehen. Nur die Hauptpunkte seien kurz zusammengestellt. Dem Verfasser erscheinen zunächst die beiden hauptsächlichen Vorwürfe gegen die Willenstheorie[1]) ungerechtfertigt.[2])

Man hat behauptet, es sei eine Vergewaltigung des Sprachgebrauchs, wenn man auch von einem unangenehmen Erfolge als einem gewollten spreche. Hierauf ließe sich erwidern, daß es eine noch gröbere Vergewaltigung des Sprachgebrauchs bedeuten würde, wollte man jemanden korrigieren, der sagt: der X. hat den Tod des Y. gewollt, und seinen Satz dahin richtig stellen: der X. hat den Tod des Y. bei seiner Willensbetätigung vorausgesehen. Ganz abgesehen hiervon spricht aber jenes Argument nicht für die Vorstellungstheorie. Denn gesetzt den Fall, daß man es für eine richtige Ausdrucksweise erachten muß, wenn von jemandem etwa gesagt wird: er hat diesen oder jenen Erfolg (den er vorsätzlich herbeigeführt hat) gewollt,[3]) so könnte es sich bei besonderen Fällen, in denen eine sprachliche Härte sich zeigt, nur entweder darum handeln, für diese Ausnahmsfälle eine angebliche Ausnahme von der sonst richtigen Willenstheorie aufzuweisen oder (und dies wäre das richtige) festzustellen, daß, psychologisch betrachtet, die Fälle des unerwünschten, jedoch in Kauf genommenen Erfolges mit den auch im vulgären Sprachgebrauch anerkannten Fällen des gewollten Erfolges gleichartig sind und sicher nicht zur Fahrlässigkeit gehören. Alsdann hätte man hier den Begriff des Wollens in einem weiteren, juristisch psychologischem Sinne zu nehmen. Und in der Tat geschieht dies von verschiedenen modernen Vertretern der Willenstheorie.[4])

[1]) Vgl. darüber insbesondere v. Liszt, Lehrb. 14./15. Aufl. S. 171 Nr. 3, aber auch Frank a. a. O. § 59 I.

[2]) Daß es verfehlt ist, gegen die Willenstheorie etwa auch ins Feld zu führen, die Grenze des Wollens sei nicht unzweifelhaft, hat u. a. bereits v. Hippel a. a. O. S. 39 ausgeführt. A. M z. B. Miřička, Formen der Strafschuld 1903 S. 25. Wenn ein Begriff an sich richtig und nur seine Abgrenzung schwierig ist, so hat man eben diese Grenze mit den vorhandenen logischen und psychologischen Mitteln möglichst klar zu legen. Es wäre ja doch ebenso ein barer Unsinn, wollte man den Begriff einer Krankheit als Grundlage für Maßnahmen verwerfen, weil es schwer fällt, die Grenze nach der Gesundheit genau zu ziehen.

[3]) Vgl. darüber insbesondere Beling, Lehre vom Verbrechen 1906 S. 45.

[4]) Vgl. v. Hippel a. a. O. S. 34: „Für den Vorsatz ist der weitere Begriff", (sc. des Wollens) „das Wollen des Erfolges charakteristisch". Vgl. denselben auch a. a. O. S. 133. Vgl. ferner Liepmann a. a. O. S. 140, welcher nach der Bemerkung, daß zum Vorsatz auch die unerwünschten oder möglichen Begleiterscheinungen der auf ein anderes Ziel gerichteten Handlungen gehören, fortfährt: „Wenn wir uns scheuen, auch die letzten (obenerwähnten) Fälle als gewollt zu bezeichnen, so liegt darin lediglich eine unbewußte Nachwirkung der laienhaften Einschränkung des Wollens auf das Beabsichtigte."

Es ist aber endlich gar nicht zuzugeben, daß es eine Vergewaltigung des Sprachgebrauchs bedeute, wenn man einen unerwünschten Erfolg als gewollt bezeichnet; z. B. der Arzt sagt zu einem Patienten: „Wenn Sie sich neu erkälten wollen, brauchen Sie heute nur ohne Ueberzieher ausgehen". Er erklärt damit direkt, daß nach seiner Warnung das Ausgehen ohne Ueberzieher nichts anderes als eine gewollte Erkältung sein könne. Wenn ein Kaufmann zu seinem Angestellten sagt: „Sie haben die Wahl, entweder auf Ihre Mehrforderung zu verzichten oder die Stelle demnächst zu verlassen; tun Sie jetzt, was Sie lieber wollen", so wird der Angestellte auch in diesem Falle das kleinere Uebel „wollen". Aehnlich steht es, wenn jemand trotz einer Verwarnung vor möglichem Schaden etwas getan hat und der Schaden eingetreten ist. Hier wird der Handelnde vielleicht, weil er Wünschen und Wollen verwechselt, nicht zugeben wollen, er habe dies gewollt, aber die anderen werden unbedenklich von ihm sagen: er hat es ja nicht besser gewollt. Ja, selbst wenn in solchem Fall nur bewußte Fahrlässigkeit vorliegt, scheut der Sprachgebrauch des Publikums vor der Anwendung des Wortes Wollen nicht immer zurück. — Auch in der Wendung: „Ich will mir alle Mühe geben, um Sie zufrieden zu stellen", wird der Gedanke, daß man zu dem angegebenen Zweck auch etwas Unangenehmes mit in Kauf nimmt, durch ein Wollen ausgedrückt. Derartige Aeußerungen des Sprachgebrauchs lassen sich zahlreich vermehren.[1])

Ebenso unzutreffend ist der andere Einwand, die Willenstheorie scheitere rettungslos an dem § 59 StGB. Es sei unmöglich zu sagen: der Dieb „will", daß die Sache eine fremde sei, die Abtreibende „will" ihre Schwangerschaft. Allein darauf ist zu entgegnen, daß es ebenso ungenau und unrichtig ist, Bewußtsein und Vorsatz zu

[1]) Das Beispiel v. Kohlrausch, ZStW. 24, 753: „Ich habe mich im Gebirge verstiegen und muß und will um jeden Preis wieder herunter, selbst um den Preis eines Beinbruchs" (hier könne man, meint Kohlrausch, nicht von einem Wollen des Beinbruches sprechen) beweist nicht das Gegenteil. Zunächst ist zu entgegnen, daß man genau so ungern, wie vom Wollen des Beinbruchs, hier auch von einem Vorsatz des Beinbruchs spricht. Das Argument würde also nur passen, wenn es dazu verwertet werden wollte, daß man hier nicht Vorsatz annehmen dürfe. Das will aber Kohlrausch gerade nicht behaupten. Aber auch gegen die Vorsätzlichkeit des Handelns beweist das Beispiel nichts und zwar, weil man in gewissem Zusammenhang allerdings auch vom gewollten Beinbruch reden kann. Wer zur Rettung aus einem Notstand eine unangenehme Folge bewußt riskiert, von dem betont man mit Rücksicht auf die vorwiegende Unfreiwilligkeit allerdings in der Regel häufiger, daß er riskieren mußte als daß er riskieren wollte. Aber man kann je nach dem, was Gegenstand der konkreten Beurteilung wird, recht gut auch von einem Wollen des Unangenehmen sprechen. Z. B. der Bergsteiger will nachträglich sein psychisches Verhalten rechtfertigen und sagt: „Ich wollte entschieden lieber mein Bein brechen als da oben mein Leben riskieren".

vermengen und etwa zu sagen: der Dieb hat den „Vorsatz“, daß die Sache eine fremde sei, die Abtreibende hat den „Vorsatz“, schwanger zu sein. Beide Personen haben nur das Bewußtsein, also eine Vorstellung von jenen Tatsachen. Es wäre z. B. falsch, wollte ich sagen, ich habe den Vorsatz, daß Herr von Liszt hier fehlgeht; ich kann aber wohl den Vorsatz haben, nachzuweisen, daß er sich irrt. Vorhandene Tatsachen sind beim Vorsatz wie beim Willen zwar mögliche Bestandteile ihres Bewußtseinsinhalts, denn das Bewußtsein kann als Voraussetzung beim Vorsatz und nach überwiegender Ansicht auch beim Willen angesehen werden. Aber sie sind keine Objekte des Vorsatzes oder Willens. Diese haben vielmehr zum Gegenstand nur die Vornahme einer künftigen Veränderung an den vorhandenen Tatsachen. Es liegt also eine Beziehung des Vorsatzes wie des Willens auch auf die vergangenen Tatsachen vor, aber darin besteht nicht die Richtung der beiden. Ein Unterschied liegt allerdings vor: Beim Vorsatz hat sich im Juristendeutsch die Wendung eingebürgert, daß der Vorsatz sich auf etwas (auch etwas Vergangenes) erstrecke, während es beim Willen nicht gebräuchlich ist, zu sagen, daß er sich auf Vergangenes erstrecke. Aber für die Verwendung von Vorsatz und Wille zur Auslegung des § 59 hat auch diese hiermit konstatierte Verschiedenheit der Anpassung an das Zeitwort „erstrecken“ keine Bedeutung. — Auch aus anderem Grunde ist es ungereimt, behaupten zu wollen, daß der Vorsatz nicht als das Wollen eines Erfolgs definiert werden dürfe, weil der Wille nicht etwas bereits Vorhandenes zum Gegenstand haben könne. Denn der Erfolg (der alleinige Gegenstand von Vorsatz und Wille) besteht ja gar nicht in etwas bereits vor dem Willen Vorhandenen, sondern in etwas Zukünftigem. Jeder Erfolg ist gleichbedeutend mit einer Veränderung gegenüber einem früheren Zustande.[1]) Man kann eine Veränderung nicht wollen, ohne eine Vorstellung von ihren Objekten zu haben. Diese Objekte können natürlich bereits vorhanden sein. Infolgedessen setzt auch das Wollen eines Erfolges stets eine Kenntnis der zum Erfolg gehörenden Tatumstände, der bereits gegebenen wie der erst zu bewirkenden voraus. Der § 59 StGB. schreibt die Anrechnung der bei einer strafbaren Handlung gekannten Tatumstände vor und hindert also in keiner Weise, die an den gekannten Tatumständen eintretende Veränderung, also diesen Erfolg als das Objekt des Wollens anzusehen. Der Wille setzt danach ein Wissen voraus, und ist nur insoweit ein vorsätzlicher Wille, als er an das Gewußte anknüpft.

Sind demnach die Einwände gegen die Definition des Vorsatzes als eines Wollens unstichhaltig, so kann dagegen positiv behauptet werden, daß die den Vorsatz als ein Wissen definierenden Ansichten schweren Bedenken unterliegen.

Da, wie gezeigt, das Wollen stets bereits ein Wissen von dem Gegenstand des Gewollten mitausdrückt, so empfiehlt sich das Wollen als Grundlage für eine Definition des Vorsatzes viel besser, als ein Voraussehen oder Kennen, welches noch kein Willenselement enthält und daher notwendig dieses andere Element hinzuerhalten muß.[1])

Abgesehen hiervon vermag eine Definition, etwa dahin: „Vorsatz ist die die Willensbetätigung begleitende Kenntnis der sämtlichen zum gesetzlichen Tatbestande gehörenden Tatumstände“[2]) aus verschiedenen Gründen nicht zu befriedigen. Denn **einmal** wird hier ein Nebeneinanderlaufen von Vorstellung und Willensbetätigung gefordert. Dieses Nebeneinander kann nur als ein zeitliches Nebeneinander gemeint sein, da es unsinnig wäre, den Vorsatz in gleichem Umfang auch bezüglich aller der Willensbetätigung vorausgehenden oder nachfolgenden Erfolgsvorstellungen anzunehmen. Besteht der Vorsatz aber nur in den zeitlich die Willensbetätigung begleitenden Vorstellungen, so ist ein der Willensbetätigung vorausgehender Vorsatz etwas begrifflich Unmögliches, obwohl es doch nach dem überall herrschenden Sprachgebrauch sehr wohl denkbar ist, daß der Vorsatz ein Verbrechen zu verüben zeitlich der Betätigung durch Ausführungshandlungen vorausgeht.[3]) Des **weiteren** können leicht Mißverständnisse daraus entstehen, daß jene Definition auf das Erfordernis eines zeitlichen Nebeneinanderbestehens von Vorstellungen und Willensbetätigung beschränkt wird. Kein Wort der fraglichen Begriffsbestimmung enthält einen Hinweis darauf, daß die Vorstellungen in irgend ein engeres Verhältnis zur Betätigung des Willens getreten sein müßten. Sie bilden darnach den Vorsatz, auch wenn sie den Willen oder den Vorsatz in keiner Weise beeinflußt haben. Wenn ich den Willen zu einer Körperbewegung fasse, diesen hernach betätige und während dieser Betätigung mir die Vorstellung von der Möglichkeit, einen konkreten Menschen zu treffen, kommt, so ist das Vorhandenbleiben dieser Vorstellung (also der Umstand, daß sie die Willensbetätigung begleitet) unabhängig davon, wie sich der Wille dazu verhält. Auch wenn der Wille die Vorstellung nicht in sich aufnimmt, wenn er also ablehnt, daß die Vorstellung von dem Tatumstand **durch** die Betätigung des Willens realisiert werde, verschwindet damit die Vorstellung noch nicht ohne weiteres aus dem Bewußtsein, sondern sie kann die Be=

---

[1]) Z. B. es entsteht infolge eines verbotenen Nichttuns eine Notwehrbefugnisse auslösende Störung fremden Hausrechts oder infolge verbotener Beschimpfung eine Störung unserer Bewußtseinstatsachen über einen Menschen.

[1]) Der Ausdruck „Wissen und Wollen“ wäre übrigens zu wenig präzis. Vgl. v. Lilienthal, ZStW. 15, 278 ff.

[2]) So v. Liszt, Lehrb. 14./15. Aufl. § 39 I.

[3]) Vgl. darüber v. Rohland a. a. O. S. 18.



tätigung des Willens nach wie vor begleiten.[1]) Aus dem Bewußtsein verschwindet nur die Annahme, daß der vielleicht konkret vorgestellte Tatumstand, z. B. der Tod des X. eine Folge der Willensbetätigung sein werde. Der Täter, der ja überhaupt die Einzelheiten des Kausalverlaufs sich nicht klar machen muß, braucht sich daher auch nicht darüber klar zu werden, warum etwa der Tod des X. eintreten kann, falls etwa wirklich die bloße Vorstellung von diesem Tatumstand genügen soll. Die „Kenntnis der Tatumstände" umfaßt auch das Fürmöglichhalten. Wer also z. B. sich hypothetisch vorstellt: Hinter dem Busch könnte vielleicht der X. stehen und ich könnte ihn vielleicht treffen, sich aber dann sagt: er wird sicher nicht hinter dem Busche stehen, hat die Möglichkeit damit als eine konkrete verworfen. Aber als abstrakte Möglichkeit: Es wäre doch schön, wenn der X. jetzt hinter dem Busche stünde und getroffen würde, kann der Gedanke auch während des Abdrückens der Flinte trotzdem noch in der Vorstellung bewahrt werden. Aus der bekämpften Definition würde sich kein Anlaß ergeben, in solchem Falle den Vorsatz der Tötung des X., der vielleicht zufällig in der Tat hinter dem Busche stand, zu verneinen. Ganz anders muß man entscheiden, wenn es heißt: Vorsatz sind die Bestandteile des Willens gewordenen Vorstellungen. Bestandteil des Willens bedeutet dann nichts anderes, als daß der Wille sich darauf erstreckt, die Vorstellungen selbst oder einen Erfolg an ihnen herbeizuführen (d. h. in die Wirklichkeit umzusetzen).

(Schluß folgt.)

[1]) Gl. M. Miricka a. a. O. S. 35 unten; K. Klee, Der dolus indirectus 1906 S. 22; Hauser, Ger. S. 54, 18.

Zeugenvernehmung durch das Vormundschaftsgericht zur Feststellung der unehelichen Vaterschaft.

Von Landgerichtsrat **Reidel** in München.

I. In Vormundschaften über uneheliche Kinder ist seit dem Inkrafttreten des BGB., das lediglich den Vater zum Unterhalt des Kindes verpflichtet, d. i. denjenigen, der allein innerhalb der Empfängniszeit der Mutter beigewohnt hat (§ 1717 BGB.), noch mehr als nach früheren Rechten, die jeden Beischläfer zum Unterhalt heranzogen, Ursache, für die Feststellung der Vaterschaft Sorge zu tragen. Jeder Vormundschaftsrichter sieht eine besondere Aufgabe darin. Die Bayerische Vormundschaftsordnung (JMBek. vom 19. Januar 1900, JMBl. 181) gibt in § 9 Anweisungen, wie nach Einleitung der Vormundschaft über ein uneheliches Kind behufs Erlangung eines Vaterschaftsbekenntnisses zu verfahren ist. Wenn nun ein Vaterschaftsbekenntnis nicht zu erlangen ist, entsteht die Frage, mit welchen Mitteln das Vormundschaftsgericht die Feststellung der Vaterschaft betreiben kann, ob es insbesondere befugt ist, zu diesem Zwecke auf Grund des § 15 FGG. eine Beweiserhebung durch Vernehmung von Zeugen nach Maßgabe der Vorschriften der ZPO. zu pflegen.

Streitig ist diese Frage vorzüglich bei Gelegenheit von Rechtshilfeersuchen um Vernehmung von Zeugen geworden, wenn solche Ersuchen unter Hinweis auf § 2 FGG. mit § 159 Abs. 2 GVG. abgelehnt wurden. Außerdem ist die Frage praktisch geworden, wenn Personen, die vom Vormundschaftsgericht als Zeugen vernommen worden waren, wegen Verletzung der Eidespflicht verfolgt wurden; es ist hier geltend gemacht worden, daß das Vormundschaftsgericht zu einer eidlichen Vernehmung nicht befugt gewesen sei und daß mangels seiner Zuständigkeit zur Abnahme des Eides eine Verletzung der Eidespflicht nicht vorliege.

Die Frage ist auch dafür von Bedeutung, ob eine Person zum Erscheinen und zur Aussage mit den Mitteln der ZPO. gezwungen werden kann.

II. Das Reichsgericht hat (RGStr. 36, 3) zu der Frage, ob in Bayern das Vormundschaftsgericht die uneheliche Mutter Angaben über den Vater ihres Kindes an Eidesstatt versichern lassen kann, in bejahendem Sinne Stellung genommen und ausgeführt: „Nach § 1837 Abs. 1 BGB. hat das Vormundschaftsgericht über die gesamte Tätigkeit des Vormunds die Aufsicht zu führen, also auch bei dem Vormund eines unehelichen Kindes darauf das Augenmerk zu richten, ob er die dem Mündel gegen seinen unehelichen Vater zustehenden Ansprüche (§ 1708 BGB.) in angemessener Weise verfolgt, und in Bayern ist der Vormundschaftsrichter überdies durch die Bek. vom 19. Januar 1900 § 9 Abs. 2 und 3 ausdrücklich zur Vernehmung des unehelichen Vaters über die Ansprüche von Mutter und Kind angewiesen. Sowohl, um den Vormund wirksam zu beaufsichtigen, als um den unehelichen Vater zu vernehmen, kann das Vormundschaftsgericht gemäß § 12 FGG. von Amts wegen die erforderlichen Ermittelungen veranstalten und die geeignet erscheinenden Beweise aufnehmen. Namentlich ist es grundsätzlich nicht ausgeschlossen, behufs Feststellung der Person des unehelichen Vaters die zur Vernehmung sich bequemende Mutter eines unehelichen Kindes als Zeugin eidlich oder — nach § 15 Abs. 1 FGG. — nicht eidlich zu hören oder ihr ihre Aussage eidesstattlich versichern zu lassen."

Die Zulässigkeit von Zeugenvernehmungen zur Feststellung der Vaterschaft wird ferner ohne nähere Begründung nur unter Bezugnahme auf die §§ 12, 15 FGG. bejaht vom Oberlandesgericht Bamberg (BayZ. 1, 60).

Eingehender hat Josef im ZBl. FG. 4, 165 (auch Komm. z. FGG. N. V zu § 2 und N. 1

zu § 15) sich mit der Frage befaßt. Auch er kommt zu dem Ergebnis, daß eine Zeugenvernehmung zulässig sei; nach ihm steht die Befugnis zu Beweisaufnahmen dem Vormundschaftsgericht nach § 15 allgemein zu und es besteht keine Vorschrift, wonach sie ihm verboten ist behufs Unterstützung des Vormunds bei Vorbereitung eines Prozesses.

Die entgegengesetzte Anschauung vertritt das Kammergericht in seiner Entscheidung vom 16. Februar 1905 (DJZ. 1905, 748): „Die von dem ersuchten Gerichte beanspruchte Handlung ist insoferne verboten, als der Vormundschaftsrichter die zeugeneidliche Vernehmung der Mutter verlangt, indem die Befugnis hierzu nicht aus den §§ 12, 15 FGG. folgt, da das Recht des Vormundschaftsgerichts zu Beweiserhebungen, namentlich Zeugenvernehmungen, auf den Fall beschränkt ist, wo der Vormundschaftsrichter berufen ist, eine Entscheidung zu treffen, im vorliegenden Fall aber kein Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit anhängig ist, welches mit einer richterlichen Entscheidung zu schließen hat, sondern es sich lediglich um die dem Vormund — nicht dem Richter — obliegende Verpflichtung handelt, den unehelichen Erzeuger des Mündels zu ermitteln. Dabei kann zwar der Vormundschaftsrichter dem Vormund behilflich sein, indem er den Versuch macht, durch Vernehmung der Mutter den Namen ihres Schwängerers in Erfahrung zu bringen; es steht ihm aber nicht die Befugnis zu, ein richterliches Beweisverfahren in die Wege zu leiten."

Im nämlichen Sinne hat das OLG. Rostock entschieden (OLG. 1, 282), weil es an einer der Obervormundschaftsbehörde als solcher gesetzlich obliegenden Tätigkeit fehle, und das OLG. Kassel (OLG. 2, 392), weil die Austragung dieser Frage im Interesse des Mündels allein im Wege des Zivilprozeßverfahrens erfolgen könne.

III. Bei der Untersuchung der Frage ist von dem nicht bestrittenen Satze auszugehen, daß die Feststellung der Vaterschaft nicht zu den dem Vormundschaftsgerichte gesetzlich obliegenden Verpflichtungen gehört, daß also, wie auch das Kammergericht betont, ein amtliches Verfahren zum Zwecke der Feststellung nicht stattfindet und auch nicht zulässig ist; denn die amtliche Feststellung einer nicht freiwillig anerkannten Vaterschaft gehört zu den Aufgaben des Prozeßgerichts, das hierüber auf Grund einer Feststellungsklage oder als Inzidentpunkt in dem Streite über die Unterhaltspflicht zu entscheiden hat.

Die Feststellung der Vaterschaft gehört zur Sorge für die Person und das Vermögen des Kindes und liegt daher dem Vormund ob. Das Vormundschaftsgericht könnte nur auf Grund des § 1846 BGB. — weil ein Vormund noch nicht bestellt oder der bestellte Vormund verhindert ist — unmittelbar zur Sorge für die Feststellung der Vaterschaft berufen sein; praktisch wird dies kaum vorkommen, weil zu diesem Zwecke so schleunige Maßregeln nicht leicht erforderlich sein werden, daß nicht die Bestellung des Vormunds oder der Wegfall seiner Verhinderung abgewartet werden könnte; jedenfalls hätte aber die Tätigkeit des Vormundschaftsgerichts nicht den rechtlichen Charakter eines amtlichen Feststellungsverfahrens. Unbestritten ist auch, daß das Vormundschaftsgericht den Vormund von Aufsichts wegen (§ 1837 BGB.) zur Sorge für die Feststellung der Vaterschaft anzuhalten hat und ihn dabei unterstützen kann.

Darüber nun, welcher Mittel sich das Vormundschaftsgericht bei dieser unterstützenden Tätigkeit bedienen kann, gibt jedenfalls nicht, wie Josef anzunehmen scheint, § 15 FGG. Aufschluß; denn dort sind nicht einmal die in einem Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit möglichen und zulässigen Beweismittel erschöpfend aufgezählt; die Vorschrift regelt vielmehr nur die Form für bestimmte Beweisaufnahmen, nämlich für den Zeugen- und Sachverständigenbeweis. Wann eine Beweisaufnahme zu pflegen ist, darüber enthält lediglich § 12 FGG. eine allgemeine Vorschrift.

Das Gericht hat von Amts wegen die zur Feststellung der Tatsachen erforderlichen Ermittelungen zu veranstalten und die geeignet erscheinenden Beweise zu erheben. § 12 spricht nicht aus, daß der Richter seine Anordnungen von Amts wegen zu treffen habe; dieser Grundsatz ergibt sich aus dem Wesen der freiwilligen Gerichtsbarkeit von selbst. Er stellt vielmehr den Grundsatz auf, daß der Richter — ohne Unterschied, ob ein Verfahren von Amts wegen oder auf Antrag eingeleitet ist — soweit tatsächliche Feststellungen erforderlich sind, die nötigen Ermittelungen und Beweisaufnahmen von Amts wegen zu veranlassen hat und daß nicht, wie im Zivilprozeß, die Beteiligten das Beweismaterial beizuschaffen haben. § 12 setzt also ein Verfahren voraus, das der Richter durchzuführen hat und in dem es, um zu einer bestimmten Entschließung zu kommen, tatsächlicher Feststellungen bedarf. Nur für ein solches Verfahren hatte es Sinn, besonders den gesetzlichen Befehl zu geben, daß der Richter selbst sich die tatsächlichen Unterlagen für seine Entscheidung zu verschaffen habe. Wo die Tätigkeit des Richters, die zu entfalten in seinem pflichtgemäßen Ermessen steht, lediglich in der Beschaffung tatsächlichen Materials besteht, ist für einen derartigen Befehl kein Raum mehr.

Wenn aber der Vormundschaftsrichter in Unterstützung des Vormunds Material für einen anzustrengenden Prozeß sammelt oder zu dem Zwecke, um sich schlüssig zu machen, ob ein solcher anzustrengen sei, so kann § 12 in dem ersten Teile seines Inhalts, dem Befehle, die Feststellungen von Amts wegen zu treffen, keine Anwendung finden.

Insoweit stimmt auch Josef überein; denn er hebt ausdrücklich hervor, daß die unterstützende Tätigkeit des Gerichts nicht auf Grund des § 12 eintritt, sondern nur entsprechend einem Gesuche des Vormunds.

In seinem weiteren Inhalte nennt § 12 die Mittel zur Feststellung der Tatsachen, formlose Ermittelungen und Beweisaufnahme. Es kann sich also nur noch darum handeln, ob formelle Beweiserhebungen nur in denjenigen Fällen zulässig sind, in welchen nach dem Befehle des § 12 tatsächliche Feststellungen von Amts wegen zu treffen sind.

Hinsichtlich formloser Ermittelungen läßt sich dies nicht sagen; sie müssen stets und zu jedem Zweck erlaubt sein. Daraus ist aber nicht der Schluß zu ziehen, daß Gleiches auch für die Beweiserhebungen gelte; denn, wenn § 12 diese beiden Arten von Mitteln zur Feststellung von Tatsachen nebeneinander anführt, so hat dies hier nur den Sinn, klar zu stellen, daß der Richter nicht in jedem Falle den Weg der formellen Beweisaufnahme einschlagen muß, sondern daß er Tatsachen auch formfrei feststellen darf. Hinsichtlich der formlosen Ermittelungen ist also die Anführung in § 12 als eine Erlaubnis aufzufassen, diesen sonst allgemein gangbaren Weg auch hier zu beschreiten.

Nicht so hinsichtlich der Beweiserhebungen, für die an anderer Stelle (in § 15) die Form angegeben ist. Wäre im Gesetz eine Form für einzelne Beweiserhebungen nicht vorgesehen, so bestünde der Unterschied zwischen Ermittelungen und Beweiserhebungen überhaupt nicht. Es kann aber auch keinem Zweifel unterliegen, daß dann mangels gesetzlicher Ermächtigung der Richter der freiwilligen Gerichtsbarkeit nicht in der Lage wäre, Beweis in den Formen zu erheben, wie sie die Zivilprozeßordnung vorsieht. Dies rechtfertigt den Schluß, daß Beweiserhebungen in diesen Formen auch nur da zulässig sind, wo sie das Gesetz als Mittel zur Feststellung der Tatsachen erwähnt.

Mithin ist die Anschauung des Kammergerichts gerechtfertigt, daß die §§ 12, 15 nur auf die Fälle eines mit einer Entscheidung des Gerichts endenden Verfahrens Anwendung finden, und die Aufstellung von Josef wohl widerlegt, daß Beweisaufnahme zulässig sei, weil sie nicht verboten sei. Zugleich ergibt sich, daß die Anschauung des Reichsgerichts, die nur durch den Hinweis auf § 12 gestützt wird, rechtsirrtümlich ist. Wie wenig verlässig diese Entscheidung des Reichsgerichts ist, wie wenig damals die Bestimmungen des FGG. auf ihren Inhalt und ihre Bedeutung geprüft worden sind, ergibt am besten die Bemerkung hinsichtlich der Beeidigung oder Nichtbeeidigung der Mutter, die zu dem bedenklichen Irrtum führen muß, als ob die Beeidigung lediglich von der Vorschrift des § 15 Abs. 1 Satz 2 abhängig wäre; darauf wird später noch zurückzukommen sein.

Josef hält es für widersinnig, daß das Gericht, um sich schlüssig zu machen, ob es einen in einem Prozesse geschlossenen Vergleich genehmigen soll, selbst eine Beweiserhebung pflegen dürfe, während ihm dies versagt sein soll, wenn es sich um die Entschließung handelt, ob ein Prozeß überhaupt begonnen werden soll. Abgesehen davon, daß solche Erwägungen nicht dazu führen könnten, sich mit dem Wortlaute des Gesetzes in Widerspruch zu setzen, ist das Bedenken auch innerlich nicht gerechtfertigt; denn im ersteren Falle handelt es sich um eine — vorbehaltlich der Beschwerde — endgültige Entscheidung des Gerichts der freiwilligen Gerichtsbarkeit, das bei dieser Entscheidung das Interesse des Mündels zu wahren hat. Im anderen Falle hat die Entschließung, die das Gericht zu treffen hat, richtiger der Vormund, den das Gericht in diesem Punkte nur zu beraten hat, bei weitem nicht diese Bedeutung; die wirkliche Entscheidung trifft erst das Prozeßgericht und dieser Entscheidung gegenüber ist die Anschauung, die sich das Vormundschaftsgericht auf Grund seiner Ermittelungen gebildet hat, vollständig unerheblich und ohne Einfluß.

Ich komme also zu dem Schlusse: Eine Beweiserhebung seitens des Vormundschaftsgerichts zur Feststellung der Vaterschaft durch Vernehmung von Zeugen in den Formen und nach den Vorschriften der ZPO. ist nicht zulässig.

IV. Gleichwohl soll vom Standpunkte der entgegengesetzten Anschauung aus noch die Frage gewürdigt werden, ob und inwieweit eine Beweiserhebung zur Ermittelung der Vaterschaft zweckmäßig und empfehlenswert ist.

Ob das Gericht sich mit formlosen Ermittelungen begnügen soll oder ob eine Beweiserhebung nach den Vorschriften der ZPO. vorgenommen werden soll, darüber entscheidet das Ermessen des Gerichts; maßgebend ist die Wichtigkeit der zu treffenden Entscheidung; außerdem kann der Umstand bestimmend werden, daß anders als mit den Zwangsmitteln der §§ 380, 390 ZPO. das Erscheinen der Personen, von denen eine Auskunft erwünscht ist, und eine Aussage nicht zu erlangen ist.

Keine dieser Erwägungen kann in unserem Falle für die Wahl einer formellen Beweisaufnahme bestimmend sein.

Die Ermittelung des Vaters hat allerdings für das uneheliche Kind eine ganz erhebliche Bedeutung, nicht bloß wegen des moralischen Gesichtspunktes, daß es überhaupt einen Vater habe, sondern insbesondere auch wegen seines Unterhaltsanspruches gegen den Vater (§ 1708 BGB.) und endlich wegen der Legitimation durch nachfolgende Ehe (§ 1710 BGB.). Allein alle diese Folgen

knüpfen sich nicht an die Feststellungen des Vormundschaftsgerichts. Wird die Vaterschaft nicht von einer Person freiwillig anerkannt, so bedarf es stets erst der prozeßrichterlichen Entscheidung, die im Wege der Feststellungsklage oder gewöhnlich der Klage auf Unterhaltsleistung zu erholen ist, und für welche die Ermittelungen des Vormundschaftsgerichts nicht maßgebend sind.

Wenn nun die endgültige und entscheidende tatsächliche Feststellung doch dem Prozeßgerichte obliegt, so besteht kein zwingender Grund, eine Beweiserhebung zu pflegen, die vor dem Prozeßgerichte doch wiederholt werden muß. Die Ermittelungen des Vormundschaftsgerichts können nur dem Zwecke dienen, zu entscheiden, ob überhaupt eine Klage gegen eine bestimmte Person gestellt werden solle; es ist richtig, daß aussichtslose Prozesse vermieden werden sollen; es ist aber auf der anderen Seite nicht Aufgabe des Vormundschaftsgerichts, zu sorgen, daß nur ein sicher zum Siege führender Prozeß begonnen werde, es hat keine Ursache und Verpflichtung, einer prozeßrichterlichen Prüfung vollständig vorzugreifen. Wegen der erwachsenden Kosten den Prozeß zu scheuen besteht regelmäßig kein Anlaß, weil der Prozeß im Armenrecht geführt wird und das Kind gewöhnlich zur Erstattung der Kosten des Prozeßgegners ohnehin nicht in der Lage ist. Der Prozeß wird erfahrungsgemäß stets begonnen, wenn er auch nur einige Aussicht auf Erfolg hat. Uebrigens sind praktische Erwägungen dieser Art für die vorzunehmenden Ermittelungen und Beweisaufnahmen nicht bestimmend.

Regelmäßig kommt nur die Mutter des Kindes als Zeugin in Betracht und ihre Vernehmung als solche soll der Erzwingung der Angabe des Vaters dienen.

Ein solches Verfahren widerspricht dem Gesetze und nur zu leicht ist der Vormundschaftsrichter, der unter allen Umständen den Vater genannt haben will, verleitet, die bestehenden und unbedingt einzuhaltenden Vorschriften außer acht zu lassen, die bei der Vernehmung der Mutter in Betracht kommen.

Eine Rechtspflicht der Mutter, den unehelichen Vater zu nennen, besteht nicht. Gemäß § 383 Ziff. 3 ZPO. ist die Mutter berechtigt, das Zeugnis zu verweigern. Die Vorschrift des § 385 Ziff. 3 ZPO., wonach das Zeugnis über Tatsachen nicht verweigert werden darf, welche die durch das Familienverhältnis bedingten Vermögensangelegenheiten betreffen, trifft nach der in der Rechtsprechung und Literatur überwiegenden Ansicht nicht zu (Beschl. des LG. München I vom 29. September 1900, ZBlFG. 1, 519, Beschl. des LG. Bremen vom 31. Dezember 1900, ZBlFG. 1, 786, Maassen im Recht 1902, 369, Tebelmann in DJZ. 1903, 570, Dernburg, Familienrecht § 89 Note 3, Josef, FGG. Nr. 4d zu § 15; a. M. Staudinger-Engelmann Nr. 2d zu § 1708 nach Goldmann in DJZ. 1903, 472); die Praxis der Gerichte steht fast ausnahmslos auf dem hier vertretenen Standpunkte. Es geht deshalb wohl nicht an, einen in der Praxis eingewurzelten Standpunkt lediglich darum zu verlassen, um ein Zwangsmittel gegen die Mutter zur Nennung des unehelichen Vaters zu haben.

Erscheint die Mutter auf eine Ladung hin, so muß sie der Richter gemäß § 383 Abs. 2 ZPO. über ihr Recht, das Zeugnis zu verweigern, belehren; was hat aber dann der Versuch einer Beweisaufnahme noch für einen Wert, wenn der Richter der Zeugin noch besonders sagen muß, daß sie das, was er von ihr wissen möchte, nicht zu sagen braucht? Es besteht die Gefahr, daß der Richter in seinem Eifer, die Vaterschaft zu ergründen, die Belehrung vergißt oder in einer Weise vornimmt, daß sich die Zeugin ihres Rechts, zu schweigen, nicht bewußt und so wider das Gesetz zu einer Aussage bewogen wird. Die Belehrung darf in der freiwilligen Gerichtsbarkeit nicht etwa deshalb unterbleiben, weil § 15 Abs. 1 FGG. nur die entsprechende Anwendung der Vorschriften der ZPO. anordnet; darunter ist nicht zu verstehen, daß der Richter je nach den Umständen Vorschriften der ZPO. anwenden oder außer acht lassen darf; es ist damit nur zum Ausdruck gebracht, daß diejenigen Vorschriften, welche dem Parteibetrieb des Zivilprozesses angepaßt sind, wie die Vorschriften über Beweisantretung, Zurückweisung neuer Zeugen, Vorschußpflicht, und sich deshalb mit dem Offizialbetrieb des Verfahrens in der freiwilligen Gerichtsbarkeit nicht vereinbaren lassen, außer Anwendung bleiben. Solche Erwägungen treffen hinsichtlich der Vorschrift des § 383 Abs. 2 ZPO. jedenfalls nicht zu.

Am allerwenigsten ist es angebracht, schließlich — nach Analogie des Strafprozesses — den Eid als Pressionsmittel zu verwenden.

Aus dem Zeugnisverweigerungsrecht der Mutter ergibt sich die Folge, daß sie gemäß § 393 Abs. 1 Ziff. 3 ZPO. zunächst unbeeidigt zu vernehmen ist. Für das Verfahren in der freiwilligen Gerichtsbarkeit von dieser Vorschrift eine Ausnahme zu machen, besteht wieder kein rechtlicher Anhaltspunkt. Hier ist nun auf die erwähnte irreführende Bemerkung in der Entscheidung des Reichsgerichts zurückzukommen. Nach § 15 Abs. 1 Satz 2 FGG. entscheidet über die Beeidigung, unbeschadet der §§ 393, 402 ZPO. das Ermessen des Gerichts. Noch deutlicher konnte es nicht ausgedrückt werden, daß unter allen Umständen die Vorschriften über die unbeeidigte Vernehmung und die Unterlassung der vorherigen Beeidigung in den in § 393 Abs. 1 ZPO. angeführten Fällen auch für die freiwillige Gerichtsbarkeit Geltung haben sollen; der Sinn der Bestimmung des § 15 über die Beeidigung ist der, daß es dem Ermessen des Richters über-

lassen bleiben soll, ob er von dem nach Maßgabe der Vorschriften der ZPO. bestehenden Rechte, einen Zeugen eidlich zu vernehmen, Gebrauch machen will, ob er einen Zeugen, den er nach jenen Vorschriften beeidigen dürfte, eidlich oder unbeeidigt vernehmen will; hierüber entscheidet wieder die Wichtigkeit der Sache; Zweck der Vorschrift ist, überflüssige Eide zu vermeiden, wenn dem Richter auch schon die unbeeidigte Aussage genügt, sich eine Ueberzeugung zu bilden. Nicht aber ist der Sinn der Vorschrift des § 15 der, daß sich der Richter über sämtliche Vorschriften der ZPO. über die Beeidigung von Zeugen, auch über diejenigen, welche die Beeidigung verbieten, hinwegsetzen dürfte; der Vorschrift des § 393 ZPO. ist ausdrücklich Anerkennung auch durch den Richter der freiwilligen Gerichtsbarkeit verschafft.

Nach § 393 Abs. 2 kann die nachträgliche Beeidigung angeordnet werden. Hieran wird von vorneherein nur gedacht werden, wenn die Mutter die gewünschte Auskunft nicht gegeben, also erklärt hat, daß sie den Vater nicht kenne oder daß sie mit der Person, die als Vater nach der Anschauung des Vormundschaftsgerichts in Betracht kommt, den Beischlaf nicht vollzogen habe. Die Beeidigung einer solchen Aussage schon vor dem Vormundschaftsrichter zu erzwingen, besteht kein innerer Anlaß. Der Eid könnte hier nur eine Probe sein, ob es die Kindsmutter wagt, ihre Aussage zu beschwören; mit einer solchen Probe ist aber nicht viel erreicht. Die Mutter kann die Eidesleistung verweigern; daraus kann wohl der Schluß gezogen werden, daß sie die Wahrheit nicht gesagt hat. Ist der Name des Vaters ganz unbekannt, so ist auch mit der Beweisaufnahme nichts erreicht worden. Ist eine Person bekannt, von der vermutet wird, daß sie das Kind erzeugt habe, so wird, wenn die Mutter ihre Angabe nicht beschwört, daß sie mit dieser Person innerhalb der Empfängniszeit nicht geschlechtlich verkehrt habe, genau so der Prozeßweg gegen die Person beschritten werden, wie dies ohne eine Beweisaufnahme vor dem Vormundschaftsgericht geschehen wäre.

Schwört aber die Mutter, so kann mitunter dem Kinde mehr geschadet als genützt sein. Die Gefahr einer Eidesverletzung liegt nirgends näher, als bei derartigen Verhältnissen, bei welchen die schwörende Person einen Nachweis der Unrichtigkeit der auf Eid abgegebenen Erklärungen nicht befürchten zu müssen glaubt. Es muß aber als vornehme Aufgabe des Gerichts angesehen werden, Eidesverletzungen nach Kräften zu vermeiden und da, wo eine solche zu befürchten ist, nach Möglichkeit von der Beeidigung abzustehen. Eine praktische Erwägung soll außerdem von der Erzwingung des Eides abhalten. Erfahrungsgemäß geschieht die Unterdrückung des Vaters nicht ohne Gegenleistung seitens des letzteren; ebenso lehrt die Erfahrung aber auch, daß das gute Einvernehmen der beiden häufig wegen der überspannten Ansprüche der Mutter ein Ende nimmt. Dann nennt die Mutter von selbst den Namen des Erzeugers. Durch eine vorschnelle Beeidigung auf ihre früheren negativen Angaben ist ihr aber der Mund dauernd — zum Schaden des Kindes — gebunden; denn sie wird sich niemals des Meineids selbst bezichtigen.

Während also durch eine Vernehmung der Mutter als Zeugin und das Drängen zum Eide nicht leicht etwas gewonnen wird, kann dem Kinde dadurch auch noch dauernd geschadet werden, ganz abgesehen von dem schon hervorgehobenen Gesichtspunkte, daß es dem Gerichte nicht ansteht, durch Drohungen — denn als etwas anderes stellt sich das Verlangen des Eides unter Vorhalt der Meineidsfolgen in diesem Falle nicht dar — Angaben zu erzwingen, auf die ein gesetzliches Recht nicht besteht. Hätte ein Zwang zur Angabe des Vaters geschaffen werden sollen, so hätte das Gesetz die Mittel hierzu geben müssen und geben können. Ist dies aber einmal nicht geschehen, so soll auch nicht auf einem Umwege ein Zwang versucht werden, der die Gefahr schwerer strafbarer und unmoralischer Handlungen mit sich bringt.

Aus diesen Erwägungen ist, selbst wenn man eine eidliche Vernehmung der Mutter rechtlich als zulässig erachten würde, vor einer solchen Vernehmung zu warnen, zum mindesten aber strenge anzuraten, sich an die nicht zu umgehenden Vorschriften der ZPO. zu halten, die nach § 15 FGG. zur Anwendung zu bringen sind.

Der Anspruch des ausgeschlossenen Dritteigentümers. Zu §§ 37 Ziff. 5, 55 Abs. 2, 90 Abs. 2 ZwVG.

Von Oberlandesgerichtsrat **Reinhard** in Dresden.

Eine Brauerei besaß eine Hypothek an einem zur Zwangsversteigerung kommenden Gasthof. Sie erstand ihn um ein Höchstgebot, das ihre Hypothek zur Hälfte deckte. Der Zuschlag erstreckte sich gemäß § 55 Abs. 2 ZwVG. auf ein Klavier, das einem Dritten gehörte, der sein Eigentumsrecht auf dem nach §§ 55 Abs. 2, 37 Ziff. 5 ZwVG. vorgeschriebenen Wege geltend zu machen unterlassen hatte. Der Vertreter der Brauerei hatte bei Abgabe des Höchstgebots von der Existenz des Klaviers und seiner Eigenschaft als Zubehör des Grundstücks keine Kenntnis und deshalb auch nicht das Höchstgebot im Hinblick auf das Klavier höher bemessen. Nach Rechtskraft des Zuschlagsbeschlusses und Verteilung des Erlöses fordert der Dritte auf Grund des § 37 Ziff. 5 von der Brauerei als der letzten zur Hebung gelangten Realberechtigten einen verhältnismäßigen Teil des Versteigerungserlöses heraus. Er macht geltend, daß von diesem Erlös der Teil ihm gebühre, der dem Verhältnis zwischen dem Werte des gesamten Versteigerungs-

gegenstandes und dem Werte des Klaviers entspricht. Die Brauerei bestreitet die Berechtigung der Forderung und wendet ein: Der Dritte müsse beweisen, daß durch die Mitversteigerung seiner Sache ein Mehrerlös erzielt worden sei; zum mindesten müsse ihr der Gegenbeweis offen stehen, daß die Mitversteigerung der fremden Sache den Versteigerungserlös nicht erhöht habe, und diesen Beweis, könne sie durch das Zeugnis ihres Vertreters ohne weiteres führen. Wenn der Dritte rechtzeitig die Einstellung des Verfahrens bezüglich des Klaviers herbeigeführt hätte, würde sie den (ihr zugeteilten) Versteigerungserlös behalten dürfen. Weil er es aber schuldhaft unterlassen habe, solle sie nun ihm einen Teil des Erlöses herauszahlen, sie solle also mit anderen Worten ihm den Schaden ersetzen, den er sich durch eigene Schuld selbst zugezogen habe. Dies sei doch im höchsten Maße unbillig und könne nicht dem Gesetze entsprechen.

Fälle dieser Art sind ziemlich häufig und es lohnt sich deshalb, darauf etwas ausführlicher einzugehen, als es in meinem Aufsatz ZBlFG. 3, 414 geschehen ist. Dort habe ich (S. 419) gesagt, daß dem Dritten nicht entgegengehalten werden dürfe: daß die Mitversteigerung seines Zubehörstücks den Erlös für das Grundstück nicht erhöht habe; daß für dieses ebensoviel geboten worden sein würde, auch wenn das Zubehörstück nicht mitversteigert worden wäre; daß der Ersteher vom Vorhandensein des Zubehörstücks gar keine Kenntnis gehabt und infolgedessen auch nicht im Hinblick darauf sein Gebot höher bemessen habe, oder daß er zwar das Vorhandensein des Zubehörstücks gekannt, aber geglaubt habe, daß es von der Versteigerung nicht mit ergriffen werde, weil es dem Dritten gehöre.

Ich glaube, daß an diesen Sätzen festgehalten werden muß und daß Einwendungen von der Art, wie sie in dem vorstehenden Beispiele erhoben worden sind, der Berechtigung entbehren. Wenn die angeblich unbilligen Konsequenzen dieser Auffassung dahin formuliert werden, daß der an letzter Stelle zum Zug kommende Hypotheken-Gläubiger den Schaden ersetzen solle, den sich der Dritte durch eigene Schuld (Unterlassung der Herbeiführung der Einstellung des Verfahrens) selbst zugefügt habe, so wird im Beispielsfalle nicht auseinander gehalten, daß die Brauerei in doppelter Eigenschaft auftritt: als Ersteherin und als Hypotheken-Gläubigerin.

Als Ersteherin nimmt sie den Standpunkt ein, daß sie durch den Zuschlag mit dem Grundstück auch das Klavier zu Eigentum erworben habe und daß sie deshalb das letztere dem Dritten als dem bisherigen Eigentümer nicht herauszugeben brauche. Das entspricht den gesetzlichen Vorschriften in §§ 37 Ziff. 55 Abs. 2, 90 Abs. 2 ZVG. Als Hypothekengläubigerin macht sie geltend, daß sie (als Ersteherin) bei der Erstehung des Grundstücks von der Existenz des Klaviers nichts gewußt und nichts dafür geboten habe und daß deshalb vom Versteigerungserlös auch nicht ein Pfennig auf das Klavier entfalle. Könnte sie mit dieser Behauptung die Bereicherungsklage des Dritten zu Fall bringen, so würde das Ergebnis sein, daß der Dritte nicht bloß sein Eigentum, sondern auch jeden Ersatzanspruch dafür verloren hätte. Das Gesetz spricht ihm aber nur das erstere ab und verweist ihn dafür ausdrücklich auf den letzteren, d. h. auf den entsprechenden Teil des Versteigerungserlöses. Das Ergebnis würde daher weder der Billigkeit noch dem Gedanken des Gesetzes entsprechen.

Indessen ist die Meinung, daß im Beispielsfalle vom Versteigerungserlös gar nichts auf das Klavier entfalle, irrig. Der Ersteher bezahlt mit dem Höchstgebot, auf das der Zuschlag erteilt wird, in Wahrheit den gesamten Versteigerungsgegenstand, auch wenn er nicht jeden einzelnen mehr oder weniger nebensächlichen Bestandteil und nicht jedes einzelne Zubehörstück gekannt und dieses oder jenes Stück bei der Bemessung seines Gebots nicht in Berücksichtigung gezogen hat. Das kommt im Leben in gleicher oder ähnlicher Weise tausendfach vor. Wenn jemand ein Rittergut für 300 000 Mk. kauft in der Meinung, daß 15 Ackerpferde zum Inventar gehören, während in Wahrheit 18 dazu gehören, wird er nicht sagen, daß er drei Pferde umsonst erworben habe, weil er deren Existenz als Zubehör des Ritterguts nicht gekannt und deshalb bei der Preisbildung nicht berücksichtigt habe. Für die Preisbildung ist keineswegs immer ausschließlich oder vorwiegend der Wert der Kaufsache maßgebend; am allerwenigsten bei der Zwangsversteigerung, wenn ein Hypothekengläubiger bietet, um sich vor Ausfall zu sichern. Deshalb bleibt aber nicht weniger wahr, daß der bewilligte Preis oder das Höchstgebot die Gegenleistung für den gesamten Kaufs- oder Versteigerungsgegenstand bildet und nach Verhältnis auf die einzelnen Sachen zu rechnen ist, aus denen sich der Kaufsgegenstand zusammensetzt. Ein gewisser Teil des Höchstgebots entfällt daher im Beispielsfalle auch auf das Klavier, obschon der Bieter von dessen Existenz nichts gewußt hat. Der Bieter wird vermutlich in den meisten Fällen nicht von sämtlichen Zubehörstücken und Bestandteilen, auf die sich die Versteigerung erstreckt, genaue Kenntnis haben. Sein Wille geht eben bei der Abgabe eines Gebotes nicht dahin, daß es gerechnet werden solle auf das Grundstück und die beweglichen Sachen, die er als dazu gehörig ansehe; sondern er geht dahin, mit seinem Gebote die Gegenleistung für das Grundstück und für die Gegenstände anzubieten, auf die sich nach dem Gesetz die Versteigerung erstreckt. Denn nur so ist das Ausgebot des Richters (Versteigerungsbeamten) zu verstehen und der Bieter kann nicht auf einen anderen Gegenstand

bieten, als wie ihn der Richter (Versteigerungsbeamte) ausbietet. Schweigt sich der Bieter beim Gebote über den Sinn aus, in welchem er sein Gebot verstanden wissen will, so ist dieses eben auf den vom Richter ausgebotenen Gegenstand zu beziehen (vorbehaltlich der Anfechtung wegen Irrtums, wenn die Voraussetzungen dazu vorliegen). Wollte er aber erklären, daß er sein Gebot auf einen vom Ausgebot in irgend welcher Beziehung abweichenden Gegenstand abgebe, so wäre sein Gebot unzulässig und zurückzuweisen.

Ueber das Verhältnis, nach welchem der Versteigerungserlös, wenn dazu das Bedürfnis einmal vorliegt, auf einzelne Teile des Versteigerungsgegenstandes zu verteilen ist, hat das Gesetz keine ausdrückliche Bestimmung gegeben. Nach meinem Dafürhalten ist hierzu die entsprechende Anwendung des in § 471 BGB. ausgesprochenen Grundsatzes geboten, wie ich dies in dem oben zitierten Aufsatz ZBl. FG. 4 S. 418 ausgeführt habe.

Mitteilungen aus der Praxis.

Zur Auslegung der §§ 1117, 1163 Abs. 2 BGB. Das Reichsgericht hat in Bd. 63 S. 14 die Frage aufgeworfen:

> „Kann im Fall der Pfändung einer Eigentümer-Briefgrundschuld, welche gemäß den §§ 1117, 1163, 1177 BGB. dadurch entstanden war, daß der Eigentümer nach Bestellung einer Hypothek den Brief dem als Gläubiger Eingetragenen nicht übergeben hat, von dem letzteren gegenüber dem Pfändungsgläubiger mit Erfolg geltend gemacht werden, der Eigentümer habe sich vertraglich verpflichtet, ihm den Brief zu übergeben?"

und hat die Frage verneint. In Nr. 9 dieser Zeitschrift (S. 189) hat Justizrat Bendix jene Entscheidung bekämpft. Er geht davon aus, daß die Briefhypothek bei Zurückbehaltung des Hypothekendokuments durch den Grundstückseigentümer diesem nicht unbeschränkt, sondern nur bis zur Uebergabe des Briefes an den Gläubiger zustehe, daß das Recht des Eigentümers mithin ein begrenztes im Sinne der §§ 158 Abs. 2, 163 BGB. sei, den Keim der Auflösung in sich trage, daraus folge, daß jede zwischenzeitliche Verfügung bei dem Zeitablauf oder dem Eintritt der Bedingung insoweit der Wirksamkeit entbehre, als sie die von dem Endtermin (Bedingung) abhängige Wirkung vereiteln oder erschweren würde. Der Grundstückseigentümer, der die Pfändung nicht abwende, verhindere den Eintritt der Bedingung schuldhaft wider Treu und Glauben, die Bedingung gelte deshalb für eingetreten (§ 162 BGB.). Ebenso wie die Partei müsse sich auch der Pfändungsgläubiger behandeln lassen. Er müsse wissen und wisse es, daß der Buchung der Hypothek ein persönliches Schuldverhältnis zugrunde liege und daß die Ausantwortung des Briefes an den Eingetragenen nach Maßgabe dieses Verhältnisses zu erfolgen habe, daß also das Hypothekenrecht des Grundstückeigentümers von vornherein nur als ein begrenztes und beschränktes bestehe und mit der Uebergabe des Briefes an den Eingetragenen sein Ende erreiche. Läge nur eine Zeitbestimmung, nicht eine Bedingung vor, so würde man davon ausgehen müssen, daß das Hypothekenrecht des Grundstückseigentümers in dem Zeitpunkte von selbst wegfalle, in dem der Brief nach der Parteiintention dem Eingetragenen ausgehändigt werden mußte.

Ich halte diese Kritik nicht für zutreffend und die angegriffene Entscheidung des Reichsgerichts für durchaus begründet.

1. Bendix verkennt selbst nicht, daß die §§ 158 ff. an sich nur für rechtsgeschäftliche Bedingungen Anwendung finden. Seine Ausführung, daß die fraglichen Beschränkungen der Rechtsstellung des Eigentümers zwar zunächst unmittelbar auf dem Gesetz beruhen, aber auch als durch den Parteiwillen gesetzt gelten müssen, entbehrt der Begründung.

2. Aus dem Umstande, daß dem Eigentümer die Briefhypothek nur bis zur Uebergabe des Briefes an den Gläubiger zusteht, folgt nicht, daß das Recht des Eigentümers ein begrenztes (bedingtes oder befristetes) im Sinne der §§ 158 Abs. 2, 163 BGB. ist. Wäre das richtig, so wäre jedes Eigentum und jedes veräußerliche Recht begrenzt; denn es hört mit der Veräußerung auf. Jedes Sacheigentum wäre begrenzt denn es endet mit der Uebertragung (Einigung und Uebergabe).

3. Ob der Hypothekengläubiger, solange der Brief ihm nicht übergeben ist, überhaupt irgendein Recht gegen den Grundstückseigentümer auf Uebergabe des Briefes hat, hängt von dem zugrunde liegenden Schuldverhältnis ab. Grundsätzlich und regelmäßig wird der als Hypothekengläubiger Eingetragene nur einen obligatorischen Anspruch auf Uebergabe des Briefes haben. Hat der Eigentümer ohne Wissen und Willen eines Dritten für diesen eine Hypothek eingetragen, z. B. in der Erwartung, daß der Dritte ihm auf die Hypothek ein Darlehen gewähren werde, so hat der Dritte nicht einmal einen obligatorischen Anspruch auf Uebergabe des Briefes.

4. Bei dieser Sachlage ist der Schluß verfehlt, daß der Pfändungsgläubiger wissen müsse und wisse, daß der Buchung der Hypothek ein persönliches Schuldverhältnis zugrunde liege und daß das Hypothekenrecht des Grundstückseigentümers von vornherein nur als ein begrenztes und beschränktes bestehe. Indessen ist auch dieses Wissenmüssen und Wissen gleichgültig. Wer weiß, daß sein Schuldner eine goldene Uhr besitzt, welche er einem Andern zu verkaufen sich verpflichtet hat, kann nichtsdestoweniger diese goldne Uhr pfänden und der Dritte, dem der Schuldner die Uhr zu verkaufen sich verpflichtet hat, hat, wenn nicht etwa unerlaubtes Handeln vorliegt, keinerlei Anspruch gegen den Pfändungsgläubiger. Der Satz, den das Reichsgericht aufstellt:

> „Die Verbindlichkeit zur Schaffung der Hypothek charakterisiert sich als eine rein persönliche, berührt nicht unmittelbar das dingliche Recht und stellt sich nicht als eine Einschränkung des letzteren dar"

ist m. E. völlig zutreffend. Der Pfändungspfandgläubiger tritt nicht in obligatorische Verpflichtungen seines Schuldners ein, wenn diese Verpflichtungen nicht den Inhalt des gepfändeten Gegenstandes unmittelbar einschränken.

Justizrat Dr. Fuchs, Rechtsanwalt beim Kammergericht in Berlin.



Zuständigkeit bei rechtlichem Zusammenflusse mehrerer Straftaten. Gegen eine Frau war wegen eines Vergehens des Betrugs (Vermögensbeschädigung geringer als 150 Mk.) und je eines damit rechtlich zusammentreffenden Vergehens nach § 14 Ziff. 2 des RG. vom 15. Juni 1897, den Verkehr mit Butter 2c. betr., und § 10 Ziff. 2 des RG. vom 14. Mai 1879, den Verkehr mit Nahrungsmitteln 2c. betr., Anklage zur Strafkammer erhoben und Ueberweisung an das Schöffengericht beantragt worden. Die Strafkammer lehnte, hierbei hinsichtlich der formellen Sachbehandlung der bei Löwe, Komm. z. StPO. § 207 Note 3 a β, vertretenen Anschauung folgend, die Beschlußfassung wegen Unzuständigkeit ab, weil für die Beurteilung der Zuständigkeit das schwerste der mehreren rechtlich zusammentreffenden Vergehen d. i. das Vergehen des Betrugs maßgebend und für dieses die schöffengerichtliche Zuständigkeit gegeben sei. (Sie berief sich hierfür auf Oppenhoff und Olshausen, Komm. z. StGB. § 73 Note 21 bzw. 39.) Die Entscheidung war überraschend, da doch fast täglich, z. B. bei Milchfälschungen (Betrug und Vergehen nach § 10 zit.), gegenteilig erkannt zu werden pflegt. Noch überraschender aber wirkte die Wahrnehmung, daß über die strittig gewordene Frage in der Literatur, abgesehen von den erwähnten Noten bei Oppenhoff und Olshausen, nichts zu finden war.

Die Beschwerde wurde im wesentlichen damit begründet, daß bei Idealkonkurrenz das Gericht, also auch das über die Anklageschrift beschließende Gericht, die sämtlichen rechtlich zusammentreffenden Tatbestände zu prüfen habe und diese Prüfung nur von dem für die sämtlichen Tatbestände sachlich zuständigen Gerichte erfolgen könne, daß § 73 StGB. als rein materiellrechtliche Strafbestimmung gegenüber § 1 StPO. für die dem Prozeßrechte angehörende Frage der sachlichen Zuständigkeit nicht in Betracht komme, daß die Noten bei Oppenhoff und Olshausen wohl nur den Regelfall: „Die schwerste der mehreren zur Verfolgung stehenden ideal konkurrierenden Straftaten begründet auch die höhere Zuständigkeit" im Auge habe und daß in der Praxis die Anschauung der Beschwerde wohl die vorherrschende sei.

Das Oberste Landesgericht billigte diese Erwägungen und eröffnete der Anklageschrift entsprechend das Hauptverfahren mit folgender Begründung: „Die Vorschrift in § 1 StPO. zwingt zu der Anschauung, daß auch im Falle des Vorliegens der Idealkonkurrenz die Frage der Zuständigkeit nur nach den Normen des GVG. zu beantworten ist. Aus § 73 StGB. folgt noch nicht, daß er im Gegensatz zu dem in § 1 StPO. ausgesprochenen Grundsatze für die Feststellung der Zuständigkeit maßgebend sein soll. Hätte der Gesetzgeber für die Idealkonkurrenz eine Durchbrechung der vom GVG. aufgestellten Zuständigkeitsnormen gewollt, so würde er sie ausdrücklich aufgestellt haben. Es fehlt an jedem inneren Grunde dafür, daß für die Idealkonkurrenz andere Normen maßgebend sein sollen als im Falle der Realkonkurrenz.

Hat jemand durch eine Tat den Tatbestand mehrerer Strafgesetze verwirklicht, so sind die einzelnen der mehreren verbrecherischen Tatbestände für die Frage der Zuständigkeit ebenso festzustellen, wie es der aburteilende Richter tun kann und tun muß, um zur Beurteilung der Frage zu gelangen, welches Strafgesetz anzuwenden sei. Ergibt sich bei der Prüfung der Zuständigkeit, daß Tatbestände vorliegen, die einzeln zur Zuständigkeit von Gerichten verschiedener Ordnung gehören, so ergibt sich für die Zuständigkeit bezüglich der als Verbrecheneinheit aufzufassenden Tatbestände, daß für die Aburteilung das Gericht zuständig ist, dem die höhere Zuständigkeit beiwohnt.

Es wäre eine Verkennung der Grundsätze, welche die Normen des GVG. beherrschen, wenn man für die als Verbrecheneinheit aufzufassenden Tatbestände die Zuständigkeit eines Gerichts niederer Ordnung annähme, obwohl diese Einheit verbrecherische Tatbestände umfaßt, die einzeln zur Zuständigkeit eines Gerichts höherer Ordnung gehören. Die Bemerkungen in Oppenhoff und Olshausen zu § 73 StGB. Note 21 bzw. 39 sind so aufzufassen: Die Zuständigkeit bemißt sich bei Idealkonkurrenz nach der im Sinne des GVG. schwersten der zur Verfolgung stehenden ideal konkurrierenden Straftaten."

Soweit ich die Praxis der Gerichte überblicken kann, legt diese Entscheidung nur eine schon längst geübte Anschauung fest. Ich halte sie aber trotzdem für mitteilenswert.

Denn die entschiedene Frage ist von großer praktischer Bedeutung — man denke nur an den nicht seltenen Fall eines rechtlichen Zusammenflusses zwischen Betrug im Rückfalle und erschwerter Fälschung einer öffentlichen Urkunde.

Ueberdies können, wie mich der obige Fall gelehrt hat, Zweifel leicht auftauchen und ihre Beseitigung ist gar nicht so einfach, zumal die erwähnten Noten bei Oppenhoff und Olshausen eigentlich doch das Gegenteil von dem sagen, was in der oberstrichterlichen Entscheidung in sie hineingetragen ist, und im übrigen die Literatur im Stiche läßt.

Schließlich hat auch die gegenteilige Anschauung bei näherem Zusehen manches für sich, sodaß eine Diskussion der Frage nicht uninteressant sein dürfte.

II. Staatsanwalt Schülein in Bayreuth.

Aus der Praxis der Gerichte.

Reichsgericht.

A. Zivilsachen.

I.

Vorsatz im Sinne des § 826 BGB. Der Beklagte F. verkaufte sein Wirtschaftsanwesen in H. an G. um 80 000 Mk. In der notariellen Kaufsurkunde wurde der Wahrheit zuwider der Kaufpreis mit 85 000 Mk. angegeben und vom Verkäufer bescheinigt, daß er schon 5000 Mk. empfangen habe. Hierauf gewährte die klägerische Brauerei dem G. ein Darlehen von 10 000 Mk., wofür dieser ihr an letzter Stelle nach Vorgang von 80 000 Mk. Hypothek bestellte. Da G. die ausbedungene Anzahlung nicht leisten konnte, betrieb F. die Zwangsvollstreckung. Bei der Versteigerung ersteigerte F. das Anwesen um 65 000 Mk. Die Forderung der Klägerin fiel aus. Sie begehrte von F. Erstattung der 10 000 Mk., weil sie dem G. das Darlehen nur infolge der Beurkundung bewilligt habe, daß der Kaufpreis 85 000 Mk. betrage und der Käufer 5000 Mk. bar anbezahlt habe, und wegen des hierdurch in ihr erweckten Vertrauens in die Persönlichkeit des Käufers und seine künftige Wirtschaftsführung. Der Beklagte habe durch die falschen Angaben die Klägerin betrogen, jedenfalls wider die guten Sitten ihr Vermögen vorsätzlich beschädigt und sei auch

auf ihre Kosten durch den Empfang der 10 000 Mk. ohne Rechtsgrund bereichert. Die Klage wurde in zwei Instanzen abgewiesen. Die Revision blieb erfolglos.

Aus den Gründen: Die Revision rügt Verletzung der §§ 826 und 823 II BGB. in Verbindung mit § 263 StGB. Das Oberlandesgericht hat mit folgenden Erwägungen verneint, daß der Beklagte diesen Bestimmungen zuwidergehandelt habe. Die wahrheitswidrigen Beurkundungen in dem Kaufvertrage seien zwar nicht gegen oder ohne den Willen des Beklagten, sondern auch von seiner Seite absichtlich in die Urkunde hineingekommen. Er habe auch das Bewußtsein gehabt, daß mit Hilfe der unrichtigen Angabe irgend einmal ein unlauterer Zweck verfolgt werden wolle oder könne, wie er ja selbst vorbringe, daß er die Täuschung eines späteren Käufers für den Zweck der falschen Beurkundung gehalten habe. Seine Handlungsweise habe daher gegen die guten Sitten verstoßen. Der Beklagte habe ferner von der Absicht des P. gewußt, die Anzahlung durch ein Darlehen bei einer Brauerei zu beschaffen und an eine gewisse Notwendigkeit einer solchen Geldbeschaffung gedacht. Nicht erwiesen sei jedoch, daß der Beklagte sich bewußt war, der falsche Inhalt der Urkunde könne für einen künftigen Darlehensgeber des P von bestimmender Bedeutung und schädlichen Folgen sein. Die Revision ist der Ansicht, das Oberlandesgericht erfordere mit Unrecht, daß es bei dem Beklagten zu einer Verbindung des Gedankens an die Unrichtigkeit des Vertragsinhaltes mit dem Gedanken an die Beschaffung der für ihn bestimmten Anzahlung gekommen sein müsse. Zur Anwendung des § 826 genüge das vom Oberlandesgerichte festgestellte Bewußtsein des Beklagten, daß mit den falschen Angaben in dem Kaufvertrage ein unlauterer Zweck verfolgt werden wolle oder könne. Der Angriff ist unbegründet.

Zunächst ist die Annahme des Oberlandesgerichtes, daß der Beklagte sich bewußt war, es wolle oder könne mit der unrichtigen Beurkundung ein unlauterer Zweck verfolgt werden, im Sinne des Oberlandesgerichtes dahin zu ergänzen, daß der Beklagte sich auch bewußt war, daß bei Verfolgung des unlauteren Zweckes das Vermögen eines anderen beschädigt werden wolle oder könne. Wenn nun das Oberlandesgericht auf der einen Seite feststellt, der Beklagte sei sich bewußt gewesen, daß die falsche Beurkundung irgend einmal einen schädlichen Erfolg haben könne, und er habe auch gewußt, daß P. das Geld zu der vertraglichen Anzahlung von einer Brauerei darlehensweise erhalten werde, auf der anderen Seite aber die künftigen Darlehensgeber des P. aus dem Kreis der nach der Vorstellung des Beklagten mit Schädigung bedrohten Personen ausschließt, so könnte allerdings der Zweifel rege werden, ob nicht die Aufrichtung einer solchen Scheidewand der inneren Berechtigung entbehre. Indes hat das Oberlandesgericht jene verallgemeinernde Wendung, der Beklagte sei sich bewußt gewesen, daß seine Handlungsweise irgend einmal Schaden stiften könne, dahin eingeschränkt, daß er an die Möglichkeit der Schädigung eines künftigen Darlehensgebers nicht gedacht habe. Diese Beschränkung beruht auf der Würdigung des Beweisergebnisses, sie ist nicht zu beanstanden. Damit hat das Oberlandesgericht unangreifbar verneint, daß der Beklagte die zum Begriff des Vorsatzes im Sinne des § 826 BGB. erforderliche Vorstellung in sein Bewußtsein aufgenommen habe, ein Darlehensgeber des G. könne durch die falsche Beurkundung geschädigt werden.

Der Auffassung der Revision, es genüge zur Verantwortlichkeit aus § 826, daß der sittenwidrig Handelnde sich bewußt war, es könne aus seiner Handlung ein Schaden entstehen, kann in dieser Allgemeinheit nicht beigepflichtet werden. Sie würde zur Haftung für jeden Schaden führen, der durch die Handlung verursacht wurde, selbst dann, wenn der Handelnde die Möglichkeit der eingetretenen Schädigung gar nicht erkannt hatte. Hier hat der Beklagte nach der Annahme des Oberlandesgerichtes nicht etwa einen schädlichen Erfolg bestimmt vorausgesehen und dennoch gewollt, sondern es steht nur der sog. dolus eventualis in Frage, d. i. diejenige Willensbetätigung, die einen schädlichen Erfolg der beabsichtigten Handlung als möglich erkennt, dennoch aber die Handlung nicht unterläßt, den schädlichen Erfolg also mit in Kauf nimmt und für den Fall seines Eintritts billigt. Eine solche Willensrichtung muß notwendigerweise in der Vorstellung des Täters wurzeln, daß sein Tun gewisse konkretisierte Folgen erzeugen könne. Sind aber Folgen eingetreten, die, wie hier der Irrtum eines Darlehensgebers über die Kreditfähigkeit des G., von dem Beklagten nicht in den Kreis seiner Vorstellungen aufgenommen waren, so gebricht es hinsichtlich dieser Folgen bei dem Beklagten an der Vorsätzlichkeit im Sinne des § 826. Hiermit erledigt sich auch der weitere Angriff der Revision, daß der Beklagte als Teilnehmer an dem vom Vermittler des Geschäfts zum Nachteile der Klägerin verübten Betrug nach § 823 II BGB. schadensersatzpflichtig sei. Denn auch in diesem Falle müßte dem Beklagten, sei es, daß er als Mittäter oder als Anstifter in Betracht käme, der Vorsatz nachzuweisen sein, das Vermögen der Klägerin zu beschädigen. Zudem hat das Oberlandesgericht einwandfrei festgestellt, daß der Beklagte bei der falschen Beurkundung nicht in der Absicht gehandelt hat, sich oder einem andern einen rechtswidrigen Vorteil zu verschaffen. (Urt. des VII. ZS. vom 2. Mai 1907, VI 417/06).

945 H.

II.

Kann ein Zwischenurteil über den Grund einer im Wege der Aufrechnung geltend gemachten Gegenforderung erlassen werden? Ist ein Rechtsmittel gegen ein solches Zwischenurteil zulässig? (§§ 303, 304 ZPO.). Der Baumeister A. erhob gegen den Hausbesitzer B. eine Klage wegen einer Baukostenforderung. Der Beklagte erkannte die Forderung an, machte aber aufrechnungsweise eine Schadensersatzforderung geltend, die vom Kläger nach Grund und Betrag bestritten wurde. Das LG. beschränkte die Verhandlung und Entscheidung auf den Grund der Gegenforderung; auf Grund des Ergebnisses der mündlichen Verhandlung sprach es sodann durch ein Zwischenurteil aus, daß die Gegenforderung dem Grunde nach gerechtfertigt sei; die Entscheidung im Kostenpunkte behielt es dem Endurteile vor. Die Berufung des Klägers wurde als unzulässig verworfen; auf Revision des Klägers hob das Reichsgericht die Urteile der Vorinstanzen auf und verwies die Sache an das LG. zurück.

Gründe: Richtig ist die Annahme des OLG., daß über den Grund einer aufrechnungsweise geltend gemachten Gegenforderung weder nach § 303 noch nach § 304 ZPO. ein Zwischenurteil erlassen werden kann; denn nach § 303 ist die Gegenforderung, wenn nur deren Grund und nicht auch deren Betrag festgestellt werden kann, nicht als einzelnes selbständiges Verteidigungsmittel zur Entscheidung reif; ein Zwischenurteil nach § 303 kann nur über ein solches Verteidigungsmittel im ganzen erlassen werden, nicht über eines seiner Elemente; ein solches Zwischenurteil ist beim Vorliegen weiterer Streitpunkte, ohne deren Vorhandensein ein Endurteil zu erlassen wäre, nur dann möglich, wenn der Grund der Gegenforderung und damit diese selbst verneint wird, nicht aber dann, wenn der Grund der Gegenforderung bejaht, über deren Betrag dagegen noch nicht entschieden wird. Nach § 304 ZPO. kann ein Zwischenurteil über den Grund einer aufrechnungsweise geltend gemachten Gegenforderung nicht erlassen werden, weil unter dem dort bezeichneten Anspruch, der nach Grund und Be-

trag streitig ist, nur ein durch Klage oder Widerklage, nicht aber ein durch Aufrechnung geltend gemachter Anspruch zu verstehen ist. (Entsch. Bd. 6 S. 421, Bd. 12 S. 363).

Nicht richtig ist die Annahme des OLG., daß für die Beurteilung der Statthaftigkeit der Rechtsmittel die tatsächlich erlassene Entscheidung maßgebend und daß ihre Natur von dem Willen des Gerichts, eine Entscheidung bestimmter Art zu erlassen, abhängig sei, soferne dieser Wille in der Entscheidung zum erkennbaren Ausdruck gelangt ist; denn die rechtliche Natur einer Entscheidung hängt nicht von dem Willen des Gerichts, sondern von objektiven Rechtsnormen ab; es kann deshalb der Wille des Gerichts für diese rechtliche Natur nur dann bestimmend sein, wenn diese Rechtsnormen vom Gerichte richtig beurteilt sind; die rechtliche Natur einer Entscheidung kann nur von deren objektivem Inhalte abhängen. Die Rechtsprechung macht daher auch die Zulässigkeit der Rechtsmittel gegen Zwischenurteile nicht davon abhängig, welche Art von Urteil das Gericht erlassen wollte; es gilt vielmehr nur in den Fällen des § 304 ZPO. der Grundsatz, daß das Rechtsmittel zulässig ist, wenn das Gericht ein solches Urteil erlassen wollte, nicht aber in den Fällen des § 303; in diesen Fällen ist das Rechtsmittel nur dann zuläßig, wenn das Gericht zwar ein Urteil aus § 303 erlassen wollte, in Wirklichkeit aber ein Urteil aus § 304 erlassen hat. Es ist also ein Rechtsmittel in beiden Fällen zulässig, nämlich sowohl dann, wenn das Gericht ein Urteil nach § 304 erlassen wollte (obwohl nicht ein solches, sondern ein nach § 303 erlassenes vorliegt), als auch dann, wenn das Gericht ein Urteil nach § 304 erlassen hat (obwohl es nur ein solches nach § 303 erlassen wollte). (Entsch. Bd. 39 S. 391).[1]) Die vom OLG. zitierten reichsgerichtlichen Urteile in Seufferts Archiv (Bd. 47 Nr. 297, Bd. 55 Nr. 115) stehen mit diesen Grundsätzen nicht im Widerspruch; ersteres bezeichnet als maßgebend für Beurteilung des rechtlichen Charakters des Urteils als Zwischenurteil den Umstand, daß die Entscheidung nach ihrer äußeren Erscheinung und nach ihrem Zusammenhang zwischen Urteilssatz und Gründen ein wirkliches Zwischenurteil nach § 303 ZPO. ist, das zweite aber spricht nur aus, daß ein Rechtsmittel gegen ein wirkliches, wenn auch unrichtiges Zwischenurteil aus § 303 nicht stattfinde. Für die Beurteilung des rechtlichen Charakters eines durch Berufung angefochtenen Urteils ist es sohin gleichgültig, daß es von dem Gerichte 1. Instanz als Zwischenurteil nach § 303 bezeichnet wird; entscheidend ist nur, ob es seiner objektiven Natur nach ein Urteil nach § 303 oder nach § 304 ist.

Das reichsgerichtliche Urteil vom 14. März 1894 (Seuff. Arch. Bd. 50 Nr. 285) trifft hier zu, wenn es sich auch dort um Zulässigkeit der Revision, hier um Zulässigkeit der Berufung handelt, da ja beide Rechtsmittel hinsichtlich der §§ 303 und 304 auf den gleichen Grundlagen beruhen; hiernach ist hier ein Urteil nach § 304 a. a. O. gegeben. Das vom OLG. gegen dieses reichsgerichtliche Urteil erhobene Bedenken, daß aus der Nichtanwendbarkeit des § 303 noch nicht die Anwendbarkeit des § 304 folge, ist gegenstandslos, weil in dem dort behandelten, wie in dem hier vorliegenden Falle das angefochtene Urteil nur eine Entscheidung nach § 303 oder nach § 304 sein kann. Die Annahme des OLG., es sei ein Widerspruch, einerseits das angefochtene Urteil als ein solches aus § 304 ZPO. zu kennzeichnen und anderseits doch auszuführen, daß § 304 durch irrige Anwendung verletzt sei, indem nach dieser Gesetzesstelle das Urteil nicht habe erlassen werden dürfen, ist unbegründet. Das gleiche Bedenken würde übrigens auch der Annahme des OLG. entgegenstehen, daß das unrichtige Urteil nach § 303 erlassen sei.

[1]) Vgl. Seuffert Bem. 3 Abs. 3 zu § 303 ZPO.

Daß ein Urteil nach § 304 erlassen wurde, ergibt sich daraus, daß ein Beschluß über die Trennung der Verhandlung nach Grund und Betrag vorliegt, für den nach § 303 kein Raum ist; denn nach § 146 ZPO. kann nur in Ansehung selbständiger Angriffs- und Verteidigungsmittel, nicht aber hinsichtlich ihrer einzelnen Elemente eine Trennung der Verhandlung stattfinden. Hiermit steht im Zusammenhang, daß der Grund der Gegenforderung bei Streit über deren Betrag festgestellt worden ist, und hieraus ergibt sich eben eine Anwendung des § 304 auf einen nicht unter diese Vorschrift zu bringenden Fall. Das LG. hat auch in keiner Weise begründet, aus welchem Grunde es den § 303 für anwendbar erachtet hat. Wurde sonach in 1. Instanz ein Urteil aus § 304 erlassen, so war die Berufung nach § 304 Abs. 2 zulässig. (Urt. vom 19. April 1907). ———cht———

948

III.

Ein Zwischenurteil nach § 303 ZPO. kann auch in die Form einer Feststellung gekleidet sein. Unterschied eines solchen Zwischenurteils von einem Zwischenurteil nach § 304 ZPO.[1]) Die Parteien haben Arbeiten für die Eisenbahnverwaltung auf gemeinsame Rechnung ausgeführt. Unstreitig waren solche gemeinsame Arbeiten die Erd- und Maurerarbeiten. Der Kläger behauptet, daß dazu auch die Gleisarbeiten gehört hätten, während der Beklagte diese auf eigene Rechnung ausgeführt haben will. Der Kläger hat beantragt, den Beklagten zu verurteilen:

1. über die mit ihm für die Eisenbahndirektion ausgeführten Arbeiten Rechnung zu legen und
2. ihm den aus diesen Rechnungsverhältnissen geschuldeten Betrag herauszugeben.

Nachdem die Parteien sich damit einverstanden erklärt hatten, daß zunächst die Frage zu entscheiden sei, ob ihr Vertragsverhältnis auch die Gleisarbeiten betreffe, hat das Landgericht hierüber Beweis erhoben und hierauf durch eine als Zwischenurteil bezeichnete Entscheidung ausgesprochen: „Es wird festgestellt, daß die auf der Haltestelle W. ausgeführten Gleisarbeiten von den Parteien auf gemeinsame Rechnung ausgeführt und Gegenstand der Klage auf Rechnungslegung seitens des Beklagten sind.“ Die Berufung des Beklagten ist als unzuläßig verworfen worden. Die Revision hatte keinen Erfolg.

Gründe: Die Statthaftigkeit der Revision ergibt sich aus § 547 Ziff. 1 ZPO. Erfolg aber kann das Rechtsmittel nicht haben, da Verwerfung der Berufung wegen Unzuläßigkeit dem Gesetze durchaus entspricht. Zunächst darf trotz der auf Feststellung gerichteten Fassung der landgerichtlichen Entscheidung darin kein Feststellungsurteil erblickt werden. Eine Feststellungsklage im Sinne des § 256 ZPO. ist überhaupt nicht angestellt. Auch eine Erweiterung der Klaganträge durch Erhebung des Feststellungsbegehrens nach § 280 liegt nicht vor. Die Revision macht nur geltend, daß die Entscheidung des Landgerichts in Wirklichkeit ein selbständig anfechtbares Zwischenurteil gemäß § 304 sei, weil darin über einen der beiden Klagansprüche dem Grunde nach entschieden werde. Das kann nicht zugegeben werden. Denkbar wäre eine Vorabentscheidung über den Grund des Anspruchs nur in bezug auf den Klagantrag 2. Allein die Möglichkeit einer solchen Auslegung des Zwischenurteils fällt fort, weil über den Klagantrag 2 — Verurteilung des Beklagten zur Herausgabe des aus den Rechnungsverhältnissen geschuldeten Betrages — welcher Antrag seine prozessuale Rechtfertigung in § 254 ZPO. findet, noch gar nicht entschieden ist und noch nicht entschieden werden konnte. Gesetzt auch, es wäre richtig, was die

[1]) Vgl. hierzu das oben unter II mitgeteilte Urteil, welches das Gegenstück zu der Entscheidung unter III bildet.



Revision geltend macht, daß in dem Zwischenurteile schon alle Elemente für den Rechtsgrund des 2. Klagantrags enthalten wären, so daß darüber eine abweichende Entscheidung in der Instanz nicht mehr erfolgen könnte (§ 318 ZPO.), so würde damit doch noch keine Entscheidung über den Anspruch selbst, auch nicht dem Grunde nach, gegeben sein. Die Annahme der Revision ist aber auch willkürlich. Der Ausspruch des Landgerichts behandelt nur eine der die Klagbegründung betreffenden Fragen. Je nach dem Ergebnisse der Rechnungslegung kann es sich zeigen, daß der Beklagte gar nichts schuldet. Dann mußte der Klagantrag 2 abgewiesen werden. Es würde also, selbst wenn man für diesen Klagantrag die Trennung nach Grund und Betrag zuließe, durch das Zwischenurteil auch noch nicht einmal dasjenige festgestellt sein, was bei jeder Bejahung des Grundes nach § 304 feststehen muß, das Bestehen einer, wenn auch noch so geringen Schuld. Nach der Formulierung des Klagantrages 2 muß aber auch die Möglichkeit dieser Trennung für ganz ausgeschlossen gelten. § 304 ZPO. setzt einen Streit sowohl über den Grund wie über den Betrag des Anspruchs voraus und ein Streit über den Betrag kann dann nicht stattfinden, wenn ohne Angabe eines Betrages geklagt ist (JW. 1906 S. 472[33]). Erst wenn nach Rechnungslegung der Blankettantrag durch Einstellung einer bestimmten Summe ausgefüllt sein wird, könnte die Voraussetzung für eine Vorabentscheidung über den Grund des Anspruchs gegeben sein. Die im Zwischenurteile getroffene Feststellung enthält danach keine Entscheidung, welche der Gegenstand eines selbständigen Zwischenurteils sein könnte. Sie gibt nur einen hypothetischen Ausspruch dahin, daß, wenn später der Beklagte verurteilt werden sollte, diese Verurteilung sich auch auf die Gleisarbeiten zu beziehen habe. Damit ist bloß ein einzelnes Element des Streites erledigt. Eine solche Entscheidung kann nur Inhalt eines Zwischenurteils nach § 303 sein. Daß auch das Landgericht, obgleich es diesen nicht ausdrücklich erwähnt, sein Zwischenurteil nur im Sinne einer solchen unselbständigen Zwischenentscheidung gemeint hat, kann nach dem Inhalte der Begründung keinem Zweifel unterliegen. Da mithin Inhalt der Entscheidung und Wille des erkennenden Gerichts übereinstimmen, muß es dabei sein Bewenden haben. Als Zwischenurteil nach § 303 ist aber die Entscheidung des Landgerichts der Berufung nicht unterworfen. (Urt. des I. ZS. vom 21. Januar 1907).

954 ———n.

IV.

Rechtsstellung des Pflichtteilsberechtigten im Falle des § 2338 BGB. Verhältnis des § 2338 BGB. zu § 2306 BGB. Aus den Gründen: Treffen auf einen Abkömmling die Voraussetzungen des § 2338 BGB. nicht zu, ist er also weder in dem vorausgesetzten Maße der Verschwendung ergeben, noch auch überschuldet, und ist ihm ein über die Größe des Pflichtteils hinausgehender Erbteil ausgesetzt, er aber in höherem Maße beschränkt oder beschwert worden, als es im § 2338 vorgesehen ist, so muß er diese Beschränkungen — wenn sie nur die weiteren Grenzen des § 2306 einhalten — hinnehmen, ohne eine Befreiung von ihnen beanspruchen zu können, es sei denn, daß er sein Pflichtteilsrecht geltend macht und zu diesem Zwecke gemäß § 2306 Abs. 1 Satz 2 den Erbteil ausschlägt. Der Gesetzgeber kann nicht gewollt haben, daß der Abkömmling, den der Erblasser nach § 2336 Abs. 2 und § 2338 Abs. 2 Satz 1 für verschwenderisch oder überschuldet erklärt hat, um dieser Erklärung willen besser dastehen, also befugt sein solle, den über den Pflichtteil hinausgehenden Erbteil anzunehmen, die Beschränkungen und Beschwerungen dagegen je nach der Richtigkeit oder Unrichtigkeit des in der letztwilligen Verfügung gegen ihn erhobenen Vorwurfs entweder gänzlich oder doch soweit zurückzuweisen, als sie über § 2338 hinausgehen. Will er vielmehr die Beschränkungen und Beschwerungen nicht hinnehmen, so bleibt ihm nur übrig, wie jeder andere Pflichtteilsberechtigte das im § 2306 Abs. 1 Satz 2 vorgesehene Recht auszuüben, also den größeren Erbteil auszuschlagen und den kleineren Pflichtteil zu fordern. Von der Richtigkeit oder Unrichtigkeit des Vorwurfs hängt es dann ab, ob er den Pflichtteil nur mit den verordneten Beschränkungen des § 2338 oder ob er ihn unbeschränkt erhält. (Urt. des IV. ZS. vom 11. Februar 1907, IV 324/06). ——— n.

886

B. Strafsachen.

I.

Gewaltanwendung und Bereicherungsabsicht bei Erpressung (§ 253 StGB.). Der Angeklagte und sein Begleiter haben sich vor den L. gestellt und ihm den Weg versperrt. Dann hat der Angeklagte geäußert, L. könne weitergehen, wenn er Geld gebe. L. gab kein Geld her, sondern nur eine Zigarre. Der Angeklagte wurde wegen Erpressung verurteilt, seine Revision wurde verworfen.

Aus den Gründen: Die Annahme des Urteils, daß der Angeklagte Gewalt geübt habe, ist ausreichend begründet. Denn der Angeklagte hat ein Hindernis geschaffen, durch das für L. die Fortsetzung des Heimwegs vereitelt und ihm die Möglichkeit der freien Bewegung genommen wurde. Es hat somit eine Einwirkung körperlicher Art stattgefunden, durch die L. in der Freiheit der Willensbetätigung beschränkt worden ist. Das ist für den Begriff der Gewalt im Sinne der §§ 240, 253 StGB. ausreichend; körperliche Berührung oder das Unternehmen körperlicher Ueberwältigung wird dazu nicht erfordert (E. 13, 49). Zwar ist es dem Angeklagten nicht gelungen, den L. zur Gewährung von Geld zu bestimmen, er hat sich vielmehr mit einer Zigarre begnügen müssen. Trotzdem war die Erpressung vollendet. Nicht darauf kommt es an, daß der Täter den von ihm erstrebten Vermögensvorteil vollständig oder überhaupt erreicht (E. 10, 216), sondern nur darauf, daß er von der Absicht rechtswidriger Bereicherung geleitet, eine von ihm gewollte Handlung des Genötigten erzwingt. Hatte der Angeklagte, wie das Urteil nach der Sachlage annimmt, ins Auge gefaßt, daß der Genötigte unter dem Eindrucke von Gewalt und Drohung sich zu irgend einer ihm günstigen Verfügung vermögensrechtlicher Art, der Leistung irgend eines Lösegeldes, verstehen werde, so entsprach die Handlung des Genötigten, auch wenn sie der Forderung nach Art und Maß nicht ganz gerecht wurde, doch dem Vorsatze des Täters (E. 33, 78). (Urt. des I. StS. vom 18. April 1907, 1 D 1523/06).

918 B.

II.

Zum Begriffe der Urkundenfälschung, des Betrugs und der Unterschlagung. Ein sog. Blankoakzept (Wechsel mit Unterschrift des Akzeptanten und ohne Unterschrift des Ausstellers) war nicht für den Angeklagten, sondern für einen anderen bestimmt. Dieser andere sollte das Schriftstück als Aussteller zeichnen. Das Schriftstück ist aber versehentlich in die Hand des Angeklagten gelangt und dieser hat es mit seiner Unterschrift als der des Ausstellers ohne und wider den Willen des Akzeptanten versehen und den Wechsel für sich verwertet. Der Angeklagte wurde wegen Urkundenfälschung rechtlich zusammentreffend mit Betrug (§§ 167, 263, 73 StGB.) verurteilt, das Urteil aber aufgehoben aus folgenden Gründen: Der Inhalt des Schriftstücks wies auf eine bestimmte Person als den Aussteller noch nicht hin und der

Angeklagte konnte deshalb mit seinem Namen zeichnen, ohne sich im Sinne des § 267 StGB. der „fälschlichen Anfertigung einer Urkunde“ schuldig zu machen. In der Beifügung der Unterschrift des Angeklagten lag auch nicht notwendig eine Aenderung des urkundlichen Inhalts des Schriftstücks und somit auch nicht die „Verfälschung“ einer vorhandenen fertigen Urkunde. Wenigstens hat das angefochtene Urteil nicht untersucht, ob das Schriftstück zu der Zeit, als es versehentlich dem Angeklagten zuging, schon einen urkundlichen Inhalt hatte und dieser vom Angeklagten verfälscht wurde. Demgemäß ist es auch in keine Prüfung darüber eingetreten, ob nicht etwa der Tatbestand des § 269 StGB. gegeben ist, welcher der fälschlichen Anfertigung einer Urkunde gleich erachtet, wenn jemand einem mit der Unterschrift eines anderen versehenen Papier ohne dessen Willen und dessen Anordnungen zuwider durch Ausfüllung einen urkundlichen Inhalt gibt (E. 15, 67). Die Feststellungen, der Angeklagte habe in dem Bewußtsein, das Wechselakzept sei nicht für ihn bestimmt, es mit seiner Unterschrift versehen und an N. zum diskontieren gegeben, hätten in erster Linie die Prüfung geboten, ob nicht der Angeklagte sich der Unterschlagung einer fremden, dem Akzeptanten gehörenden Sache schuldig gemacht hat und ob neben einer vollendeten Unterschlagung noch eine gegen den Akzeptanten, den das Urteil als Beschädigten bezeichnet, begangenes Betrugsvergehen rechtlich möglich ist (E. 38, 192). (Urt. des I. StS. vom 27. März 1907, 1 D 1320/06).

917 B.

III.

Ablehnung eines Beweisantrags (§ 243 StPO.). Gegenstand des Zeugenbeweises. Der Angeklagte hat bestritten, sich an seinen beiden Kindern sittlich verfehlt zu haben, deren Angaben als lügnerische Erfindung bezeichnet und nach dem Schlusse der Beweisaufnahme den Antrag gestellt, den Lehrer seiner Kinder „als Leumundszeugen“ zu vernehmen. Der Antrag wurde vom Gericht abgelehnt, weil keine einzelnen Tatsachen angegeben seien, worüber der Zeuge vernommen werden solle und weil durch die glaubwürdige Aussage der Zeugin M. festgestellt sei, daß die beiden Kinder nicht mehr lügnerisch veranlagt seien, wie andere Kinder ihres Alters und Standes. Das Urteil spricht sich dann über die Glaubwürdigkeit der Kinder und die Gründe für deren Annahme des nähern aus. Keiner der beiden Gründe kann den ablehnenden Beschluß stützen. Der Sinn und Zweck des Antrags mußte dem Gericht auch ohne ausdrückliche Angabe der einzelnen Tatsachen verständlich sein und er ist, wie aus dem zweiten Ablehnungsgrund hervorgeht, auch richtig dahin verstanden worden, daß der Lehrer sich über die lügnerische Veranlagung der Mädchen äußern sollte. Hätte der Vorsitzende in dieser Richtung Bedenken gehabt, so hätte er durch eine Frage auf eine nähere Erklärung hinwirken müssen (Entsch. d. RG. Bd. 38 S. 127). Der Antrag, den Lehrer im gedachten Sinne zu vernehmen, war ein genügend begründeter Beweisantrag, denn das hiermit von dem Lehrer verlangte Urteil schließt sich eng an die sinnlichen Wahrnehmungen an, die er täglich bei den Kindern machen kann, und deshalb ist eine solche Bekundung, als in das tatsächliche Gebiet fallend, unter die Gegenstände eines Zeugenbeweises zu rechnen (Entsch. Bd. 27 S. 35, Bd. 37 S. 371). Der zweite Ablehnungsgrund enthält eine unzulässige Vorwegnahme des Beweisergebnisses; denn durch das Zeugnis des Lehrers sollte festgestellt werden, daß die Kinder besonders lügenhaft seien, und ob diese Tatsache ihre Bestätigung finden würde oder in welchem Maße das sonst in dieser Richtung vorliegende Beweisergebnis durch die Aussage des Zeugen beeinflußt werden würde, konnte der Erstrichter erst nach der Aeußerung des Zeugen ermitteln. Die Verteidigung des Angeklagten ist hiernach unzulässig beschränkt und zwar um so mehr, als in unmittelbarem Anschluß an die Ablehnung des Antrags das Urteil verkündet wurde, dem Angeklagten also keine Gelegenheit mehr geboten war, auf die Sachlage Rücksicht zu nehmen, wie sie sich durch den Beschluß gestaltete, und anderweitige Beweisanträge im Hinblick auf die Ablehnungsgründe zu stellen. Wenn dieser prozessuale Verstoß auch nicht gerügt ist, war er doch nicht ohne Bedeutung für die Frage der unzulässigen Beschränkung der Verteidigung. (Urt. d. V. StS. vom 19. März 1907, 5 D 145/07).

903 — — — e —

IV.

„Wissentliches“ Handeln im Sinne des § 12 Nr. 1 NMG. Aus den Gründen: Der Versuch der Revision, das „wissentliche“ Handeln im Sinne des § 12 Nr. 1 NMG. einem „Verschweigen“ im Sinne des § 10 Nr. 2 NMG. gleichzustellen und danach ein Verschweigen der Gesundheitsschädlichkeit zu einer Voraussetzung der Verurteilung aus § 12 Nr. 1 NMG. zu machen, ist verfehlt. Nach § 12 Nr. 1 NMG. wird bestraft, „wer wissentlich Gegenstände, deren Genuß die menschliche Gesundheit zu beschädigen geeignet ist, als Nahrungs- oder Genußmittel verkauft, feilhält oder sonst in Verkehr bringt“. Das Gesetz erfordert sohin nur, daß der Täter die Gesundheitsschädlichkeit des als Nahrungs- oder Genußmittel in Verkehr gebrachten Gegenstandes kennt; ob auch der andere sie kennt, welchem der Gegenstand beim Inverkehrbringen überlassen wird, ist gleichgültig und demzufolge ist es belanglos, ob die Gesundheitsschädlichkeit dem anderen beim Ueberlassen des Gegenstands bekannt gegeben oder verschwiegen wird. (Entsch. Bd. 5 S. 389; Bd. 11 S. 375). Die Berufung der Revision auf die in Bd. 4 S. 275/6 abgedruckte Entscheidung beruht auf Verkennung der dortigen Ausführungen. Dort hat es sich um den von dem vorliegenden verschiedenen Fall des Feilhaltens eines gesundheitsschädlichen Gegenstands gehandelt, der nach dem Willen des Feilhaltenden dem Käufer nur unter einer gewissen, die Aufhebung der Gesundheitsschädlichkeit bezweckenden Bedingung überlassen werden und ihm nur nach Erfüllung der Bedingung „als Nahrungs- oder Genußmittel“ dienen sollte. Davon, daß das Verschweigen der Gesundheitsschädlichkeit allgemein als zum Tatbestande des § 12 Nr. 1 NMG. erforderlich bezeichnet werden sollte, kann keine Rede sein. Aehnlich verhält es sich bei der weiter angeführten Entscheidung in Bd. 4 S. 94. (Urt. des I. StS. vom 4. März 1907, D 1077/06). B.

922

Oberstes Landesgericht.

A. Zivilsachen.

I.

Arglist durch Verschweigung eines Nervenleidens bei dem Abschluße eines Vertrags über die Gewährung eines Tischtitels zc. (Gemeines Recht; l. 1 § 2 D. 4, 3; l. 7 § 9 D. 2, 14; l. 19 pr. D. 50, 17). Laut einer Urkunde vom 28. Januar 1896 verlieh der Fürst L. dem Studierenden der Theologie K. N. aus M. den zum Empfange der Priesterweihe erforderlichen Tischtitel; er machte sich verbindlich, ihm „für den Fall bleibender Erkrankung, solange er sich nicht im Besitz einer Kirchenpfründe befindet“, jährlich 700 Mk. zu zahlen. K. N. empfing am 2. Aug. 1896 die Weihe zum Priester. Einige Wochen später bewilligte ihm auf seine Bitte das Ordinariat Urlaub; die Bitte hatte er damit begründet, daß er an einem Nervenleiden erkrankt sei. Der Fürst verweigerte vom 1. Januar 1898 an die Zahlung der Tischtitelrente; K. N. erhob im April 1899 Klage auf Zahlung der seit dem

1. April 1898 fälligen Beträge und der Zinsen seit der Fälligkeit, weil er durch ein Nervenleiden verhindert sei, den Beruf eines Priesters auszuüben oder sich auf andere Weise den Unterhalt zu verschaffen. Der Beklagte wendete ein, der Vertrag über die Verleihung des Tischtitels sei nichtig, weil das Nervenleiden des Klägers schon vor der Verleihung des Tischtitels und vor seiner Weihe zum Priester vorhanden gewesen sein müsse, der Kläger aber seinen Zustand arglistig verschwiegen und so die Verleihung des Tischtitels und die Priesterweihe erschlichen habe. Das LG. wies die Klage ab; die Berufung des Klägers wies das OLG. zurück. Es hat davon überzeugt zu sein erklärt, daß das Nervenleiden des Klägers darauf zurückzuführen ist, daß er im 9. Lebensjahr einen Sturz erlitt und daß ihm dieses Leiden bekannt war, als er das Gesuch um Verleihung eines Tischtitels anbrachte. Es nahm ferner an, daß der Kläger verpflichtet war, seinen krankhaften Zustand zu offenbaren. Er habe sich sagen müssen, daß sich der Beklagte zur Verleihung des Tischtitels nicht herbeilassen werde, wenn er von dem Zustande Kenntnis erhalte. Der Kläger habe sich dadurch für gesund ausgegeben, daß er in einem Briefe dem Beklagten erklärte, er finde nur in der Hoffnung, daß Gott „seine Gesundheit erhalte“, den Mut, um eine so hohe Tischtitelrente zu bitten. Einen Anlaß dazu, sich vor der Ausstellung der Urkunde über die Verleihung des Tischtitels um die Gesundheitsverhältnisse des Klägers zu kümmern, habe der Beklagte nicht gehabt. Der Kläger habe sich eines arglistigen Verhaltens schuldig gemacht. Die Revision des Klägers wurde zuzückgewiesen.

Aus den Gründen: Es kann sich nur darum handeln, ob das OLG. die l. 1 § 2 D. 4, 3, die l. 7 § 9 D. 2, 14 oder die l. 19 pr. D. 50, 17 dadurch verletzt hat, daß es annahm, der Kläger sei verpflichtet gewesen, dem Beklagten seine Krankheit zu offenbaren, er habe sich dadurch, daß er sie verschwieg und daß er in einem Briefe von der „Erhaltung“ seiner Gesundheit sprach, der Arglist schuldig gemacht, den Beklagten absichtlich getäuscht und ihn dadurch zur Verleihung des Tischtitels bestimmt. Nach der l. 1 §§ 1, 2 D. 4, 3, der l. 7 § 9 D. 2, 14 und der l. 2 pr. D. 44, 4 ist sowohl eine Klage als eine Einrede gegen den gewährt, der Schlauheit, Trug oder Umtriebe dazu anwendet, einen anderen zu täuschen oder zu betören. Wer mit einem anderen über die Schließung eines Vertrags verhandelt, ist zwar nicht verpflichtet, ihn von freien Stücken und ohne besonderen Anlaß über alle Umstände aufzuklären, die für die Schließung des Vertrags von Belang sein können. Wohl aber ist sein Schweigen Arglist, wenn er Tatsachen verschweigt, von denen nach vernünftigem Ermessen anzunehmen ist, daß ihre Kenntnis für die Entschließung des anderen von ausschlaggebender Bedeutung ist, und hinsichtlich deren er selbst dieser Bedeutung sich bewußt ist. Die Gründe, die den Beklagten zur Verleihung des Tischtitels bewogen, mußte er hauptsächlich aus der Würdigkeit und den Gesundheitsverhältnissen des Klägers entnehmen. Hätte dieser zur Zeit der Bewerbung um die Verleihung des Tischtitels sein Nervenleiden nicht gekannt, so könnte ihn vielleicht der in der l. 19 pr. D. 50, 17 enthaltene Grundsatz schützen, daß, wer mit einem andern einen Vertrag schließen will, sich um dessen Verhältnisse zu kümmern hat. Dieser Grundsatz schützt aber nicht den Arglistigen. Nach der Feststellung des OLG. mußte der Kläger zur Zeit der Bewerbung, daß er mit einem Nervenleiden behaftet war; er führte es selbst auf einen in der Jugend erlittenen schweren Fall zurück und machte sich keine ernstliche Hoffnung auf Besserung. Dazu kommt, daß er in dem Brief vom 18. September 1893 den Provinzial bat, in dem Zeugnisse, das dieser ihm ausstellen sollte, nichts von seinem leidenden Zustande zu erwähnen, damit ihm daraus in seinem ferneren Leben, insbesondere hinsichtlich der Priesterweihe, nicht Schwierigkeiten entstünden. Er mußte hiernach bei seiner Bewerbung auch den Beklagten über seine Gesundheitsverhältnisse aufklären; er durfte nicht, ohne arglistig zu handeln, darüber schweigen und sich dadurch als gesund hinstellen. Ob er sich auch ausdrücklich als gesund bezeichnet hat, ist belanglos, weil für die Begründung der Einrede der Arglist das Verschweigen wahrer Tatsachen der Vorspiegelung falscher Tatsachen rechtlich gleichsteht. Das OLG. nahm ferner mit Recht an, der Kläger habe sich bewußt sein müssen, daß sich der Beklagte zur Verleihung des Tischtitels nicht herbeilassen werde, wenn er seinen krankhaften Zustand erfahre und daß der Beklagte große Gefahr laufe, alsbald und für unabsehbare Zeit wegen des Tischtitels in Anspruch genommen zu werden, und er habe den Beklagten durch das Verschweigen seines Leidens vorsätzlich getäuscht. Daß der Beklagte durch das Verhalten des Klägers zur Verleihung des Tischtitels bestimmt wurde, hat das OLG. dadurch genügend festgestellt, daß es bemerkte, der Beklagte wäre nicht bereit gewesen, dem Kläger ohne Rücksicht auf seinen Gesundheitszustand den Tischtitel zu verleihen, denn, sobald er Verdacht schöpfte, daß der Kläger seinen krankhaften Zustand „simuliere“, habe er die Zahlung der Rente eingestellt. Mit Recht hat hiernach das OLG. die Einrede der Arglist für begründet erachtet. (Urt. des II. ZS. vom 30. April 1907, Reg. I 15/1907). W.

947

II.

Unzulässigkeit des Ansatzes einer Zeitgebühr neben der Wertgebühr für die notarielle Beurkundung eines Auseinandersetzungsvertrags (NotGebO. Art. 5, 7, 19, 22, 50). Am 20. Juni 1906 erschienen der Bauer J. H. von H., 2 seiner volljährigen Kinder und der Pfleger seiner 7 minderjährigen Kinder vor dem Notar in D. mit dem Ersuchen um Beurkundung des von ihnen geschlossenen Vertrags über die Auseinandersetzung des Gesamtguts der Gütergemeinschaft, die zwischen J. H. und seiner verstorbenen Frau bestanden hatte. Eine volljährige Tochter des H., Elisabeth, die sich in einem Kloster zu A. befand, war weder erschienen, noch vertreten. Der Notar beurkundete den Vertrag. Am 11. September 1906 ersuchte er schriftlich das Notariat A., die Zustimmung der Elisabeth H. herbeizuführen. Am 17. erklärte sie zu Protokoll des Notariats A. ihre Zustimmung. Der Vertrag wurde vom Vormundschaftsgerichte genehmigt. Der Notar R. setzte außer den Gebühren für die Errichtung der Urkunde, zwei Ausfertigungen und einen Auszug für das Schreiben an das Notariat A. eine Zeitgebühr von 2 Mk. und eine Schreibgebühr von 0,20 Mk., ferner die Auslagen an. J. H. und der Notar beantragten die Festsetzung der Gebühren und Auslagen. Das Landgericht entschied, daß die Ansetzung der Zeitgebühr von 2 Mk. und der Schreibgebühr von 0,20 Mk. für das Schreiben an das Notariat A. nicht gerechtfertigt sei; im übrigen setzte es die Gebühren und Auslagen auf den vom Notar berechneten Betrag fest. Wegen der Abstreichung der 2,20 Mk. legte Notar R. Beschwerde ein, welche aus nachstehenden Gründen zurückgewiesen wurde: Notar R. hat für die Beurkundung des Vertrags unter Billigung des Landgerichts eine Wertgebühr nach Art. 22, 50 NotGebO. angesetzt, deren Betrag nicht beanstandet ist. Eine Wertgebühr — im Gegensatze zur Zeitgebühr — erhält der Notar nach Art. 19 NotGebO. nur, wenn das Geschäft, zu dessen Beurkundung seine Tätigkeit in Anspruch genommen wurde, vollendet, also die Einwilligung aller Beteiligten beurkundet ist. Hiermit stimmen auch die Vorschriften der Art. 22, 50 überein, wonach der Notar die dort bestimmte Wertgebühr für die Beurkundung von Teilungsverträgen und Uebereinkommen

„der Beteiligten" über die Auseinandersetzung eines Nachlasses oder des Gesamtguts einer ehelichen Gütergemeinschaft erhält. Ein Vertrag ist erst geschlossen, wenn alle Beteiligten ihre Zustimmung erklärt haben; solange ein Beteiligter seine Zustimmung noch nicht erklärt hat, liegt höchstens die Willenserklärung einzelner Beteiligter vor. Die Zustimmungserklärung einer beteiligten Person lag bei Errichtung der Urkunde vom 20. Juni 1906 nicht vor; die Auseinandersetzung war erst mit der Errichtung der Urkunde des Notariats A. vollendet. Nach Art. 5, 7 NotGebO. erhält der Notar für jedes Geschäft nur eine einzige Gebühr und diese bildet die Vergütung für die gesamte zur Erledigung erforderliche Tätigkeit. Das Schreiben an das Notariat A. hatte den Zweck, die Vollendung des Geschäfts herbeizuführen, es bildet daher einen Teil der Tätigkeit, die zur Erledigung des Geschäfts erforderlich war. Der Notar hat deshalb nach Art. 7 neben der für die Beurkundung des Vertrags berechneten Wertgebühr eine weitere Gebühr nicht zu beanspruchen. (Beschl. des II. ZS. v. 6. Mai 1907, Reg. VI 3/1907).

943 W.

III.

Notwendigkeit der Zustellung nicht verkündeter Beschlüsse, die in einem zweiseitigen, beide Parteien berührenden Verfahren ergehen, an beide Teile (ZPO. § 329). Justizrat S. hat in dem von ihm gegen die Agentenfrau J. St. bei dem Amtsgerichte M. anhängig gemachten Vollstreckungsverfahren Leistung des Offenbarungseides verlangt. Der Widerspruch der J. St. wurde für unbegründet erklärt, ihre sofortige Beschwerde zurückgewiesen. Gegen diesen Beschluß hat Frau St. beim Oberlandesgerichte weitere Beschwerde eingelegt. Deshalb wurde der neue Termin zur Eidesleistung, den das Vollstreckungsgericht auf Antrag des Gläubigers auf den 23. März bestimmt hatte, auf den 20. April verlegt. Am 22. März hat das Oberlandesgericht die weitere Beschwerde als unzulässig verworfen. Dieser Beschluß wurde nur der J. St. zugestellt. Justizrat S. stellte an den Gerichtsschreiber das Ansinnen, den Beschluß auch ihm zuzustellen, wurde aber unter Berufung auf den Beschluß des Reichsgerichts vom 8. März 1884 (Entsch. 11 S. 402) „aus prinzipiellen Gründen" abgewiesen. In dem Termine vom 20. April wurde auf Antrag des Gläubigers gegen J. St. die Haft angeordnet, weil der Beschluß vom 22. Januar 1907 nun rechtskräftig sei. Justizrat S. suchte die Entscheidung des Oberlandesgerichts über die von dem Gläubiger bei dem Gerichtsschreiber beantragte Zustellung des Beschlusses vom 22. März nach. Das Oberlandesgericht lehnte die Aenderung der Entscheidung des Gerichtsschreibers ab, weil die Zustellung abweisender Beschlüsse an den Gegner der abgewiesenen Partei unterbleiben könne, wenn dieser an der Zustellung kein Interesse habe, und diese Ausnahme zutreffe. Auf Beschwerde des Justizrats S. wurde der Beschluß aufgehoben und die Gerichtsschreiberei des OLG. angewiesen, den Beschluß des Gerichts vom 22. März 1907 dem Justizrat S. von Amts wegen zuzustellen.

Gründe: Zu der Entscheidung erklärt sich der Senat mit Rücksicht auf § 8 Abs. 2 EG. z. GVG. und § 15 Abs. 2 des Ges. v. 12. Juni 1869, die Errichtung eines Obersten Gerichtshofes für Handelssachen betr., für zuständig. Dem Beschwerdeführer muß darin zugestimmt werden, daß der Beschluß nach § 329 Abs. 3 ZPO. auch ihm zugestellt werden mußte. Die angeführte Entscheidung des Reichsgerichts kann hier nicht verwertet werden. Das Reichsgericht hat es für statthaft erklärt, in gewissen Fällen die Zustellung eines nicht verkündeten Beschlusses durch einfache Mitteilung an den Beteiligten zu ersetzen und erwähnt, daß es bei der „Abweisung mancher Anträge" nur der einfachen Mitteilung, nicht der Zustellung an den Antragsteller bedürfe. Mit der Frage, ob die Zustellung oder Mitteilung an beide Parteien erfolgen muß, hat das Reichsgericht sich nicht befaßt. Es ist richtig, daß in manchen Fällen die Zustellung oder Mitteilung nur an eine Partei zu erfolgen hat; es sind dies die Fälle, in denen dem anderen Teile eine Parteirolle nicht zukommt, wie z. B. bei der Verweigerung des Armenrechts u. dgl. Ist nur die eine Partei vorhanden, so ergibt sich aus § 329 Abs. 3 ZPO. von selbst, daß die Zustellung nur an sie zu erfolgen hat. Dagegen müssen Beschlüsse, die in einem zweiseitigen, beide Parteien berührenden Verfahren ergehen, beiden Teilen zugestellt werden, sofern sie nicht verkündet werden. Es kommt weder darauf an, ob der Gegner des Antragstellers gehört worden ist, noch wird die Unterlassung der Zustellung an ihn dadurch gerechtfertigt, daß für ihn kein besonderes Interesse besteht, von der Entscheidung benachrichtigt zu werden. Hier handelte es sich um die Anfechtung des Beschlusses, der in dem beim Vollstreckungsgericht anhängigen Verfahren auf den Widerspruch der Schuldnerin ergangen war. Das Recht des Gläubigers auf die Eidesleistung, die nach § 900 Abs. 3 Satz 2 ZPO. erst nach Eintritt der Rechtskraft des Beschlusses zu erfolgen hatte, hing davon ab, ob die Anfechtung des Beschlusses Erfolg hatte. Die Anfechtung berührte deshalb auch das Recht des Gläubigers. Wenn es bei der offenbaren Unzulässigkeit der weiteren Beschwerde überflüssig war, den Gläubiger zu hören, so war er doch bei dem Rechtsmittelverfahren beteiligt und demzufolge mußte der Beschluß auch ihm von Amts wegen zugestellt werden. (Beschluß des I. ZS. vom 10. Mai 1907, Reg. II 32/1907).

942 W.

B. Strafsachen.

Tragen verbotener Uniform, Amtskleidung, Amtszeichen usw. (Wach- und Schließgesellschaften). § 360 Nr. 8 StGB. Gegen die Angestellten der Wach- und Schließgesellschaft in A. war Anklage auf Grund des § 360 Nr. 8 StGB. wegen unbefugten Tragens einer Uniform, gegen den Inspektor im besonderen auch wegen Tragens eines Offizierssäbels, eines Portepees und einer Offizierskokarde, gegen die übrigen Angestellten auch wegen Tragens eines Infanterieseitengewehres, einer Kokarde und einer Säbeltroddel erhoben worden. Gegen die Wächter war die Anklage noch auf eine Uebertretung nach Art. 39 PStGB. und der VO. vom 19. November 1887, betr. das Verbot des Feilhaltens und Führens von Waffen, ausgedehnt worden. Das SchG. sprach alle Angeklagten frei, mit Ausnahme des Inspektors, der einer Uebertretung nach § 360 Nr. 8 StGB. deshalb für schuldig erklärt und in eine Geldstrafe von 3 Mk. genommen wurde, weil er ein Offiziersportepee getragen habe. Die Berufung des Amtsanwalts wurde verworfen. Auch die Revision des Staatsanwalts wurde verworfen, ferner wurden die vorinstanziellen Urteile, soweit sie die Verurteilung des Inspektors betrafen, aufgehoben und dieser freigesprochen.

Aus den Gründen: Zunächst wird im Anschluß an die bisherige Rechtslehre und Rechtsprechung erörtert, daß § 360 Nr. 8 das Bewußtsein der mangelnden Berechtigung und demgemäß ein vorsätzliches Handeln voraussetzt. Ueber die einzelnen Tatbestandsmerkmale der nach § 360 Nr. 8 strafbaren Handlung ist bemerkt: Ob jemand „unbefugt" eine Uniform oder eine Amtskleidung oder ein Amtszeichen trägt, ist nach der Landesgesetzgebung zu beurteilen. Ein ausdrückliches Verbot, irgend eine Uniform zu tragen, besteht in Bayern nicht, insbesondere nicht, insoweit eine Phantasieuniform in Frage steht und nicht eine Uniform, die von Angehörigen der bewaffneten Macht oder von Beamten des Zivildienstes getragen wird, oder doch

einer solchen Uniform zum Verwechseln ähnlich ist. Daß es sich hier um Phantasie-Uniformen handelt, ist durch die Strafkammer festgestellt worden. Ebensowenig ist die Anschauung der Strafkammer unrichtig, daß die von den Angeklagten getragenen Säbel, Seitengewehre und Kokarden aus den gleichen Gründen keine Amtszeichen waren. Es waren Offizierspallasche älteren Stils, und alte, zum früheren Werdergewehre gehörige abgestumpfte Seitengewehre. Die Landeskokarde kann jeder im Besitz der bürgerl. Ehrenrechte befindliche Staatsangehörige tragen. Daß die Angeklagten diese Gegenstände absichtlich gewählt hatten, um das Publikum irrezuführen, ist von den Instanzgerichten nicht festgestellt worden, wäre übrigens auch nicht von Bedeutung, weil, soweit betrügerische Absichten mitunterlaufen würden, hierfür die Bestimmungen über den Betrug heranzuziehen wären. (Goltd. Materialien Bd. 2 S. 174, 172). Ob die von zwei Angeklagten getragenen Achselstücke verbotene Amtszeichen waren, weil den Achselstücken der deutschen Offiziere ähnlich, kann unerörtert bleiben, da die Strafkammer festgestellt hat, daß der Angeklagte S., bei dessen Achselstücken dies allenfalls in Frage kommen könnte, in gutem Glauben gehandelt hat, da er auf eine Anklage wegen Tragens gleicher Achselstücke hin schon einmal rechtskräftig freigesprochen worden war und eine andere obrigkeitliche Beanstandung bisher nicht erfolgt war.

Unrichtig ist die Annahme der Strafkammer, daß das Offiziersportepee ein Amtszeichen, d. h. das Abzeichen der Befehlsgewalt der deutschen Offiziere und der zum Tragen eines solchen berechtigten Unteroffiziere sei. Nach der Entschließung vom 29. März 1873 und dem Kriegsministerialreskripte vom 11. April 1873 (VOBl. Nr. 18) ist das Dienstzeichen für alle Offiziere die Schärpe, nach dem Kriegsministerialreskripte vom 6. Februar 1897 (VOBl. S. 25) ist die Schärpe als Dienstabzeichen, abgesehen vom Parade- und Galaanzug, durch die Feldbinde ersetzt worden. Das Portepee ist nur ein Rangabzeichen und als solches nur ein Teil der Uniform, die nur als Ganzes ein Amtszeichen bildet.

Auch eine Uebertretung der Wächter nach Art. 39 PStGB. in Verbindung mit der VO. vom 19. November 1887 liegt nicht vor. Zunächst schon deshalb nicht, weil Seitengewehre, wie diese sie trugen, überhaupt nicht in § 1 der VO. unter den verbotenen Waffen aufgeführt sind; sodann aber, weil sie auch nicht einmal mehr die entfernteste Aehnlichkeit mit den in § 1 a. a. O. genannten Dolchen, Stiletten und im Griffe feststehenden Messern besitzen, da sie an der Spitze und an der Schneide abgerundet worden und infolgedessen weder zum Stechen noch zum Schneiden verwendbar sind. Es kann deshalb auch unerörtert bleiben, ob nicht mit Rücksicht auf § 2 der VO. eine strafrechtliche Verantwortung der Wächter auch dadurch ausgeschlossen wäre, daß sie das Seitengewehr nur zur und während der Ausübung ihres Berufes mit sich geführt haben. (Urt. vom 30. April 1907, RevReg. 149/07). — — ch.

936

Oberlandesgericht Zweibrücken.

Zusammenstoß eines Einspännerfuhrwerks mit einem Lokalbahnzuge. (§ 1 HaftpflG., Art. 58 AG. z. BGB.). Der Kläger wurde am frühen Morgen im August mit seinem Einspännerwagen auf der Ortsstraße zu M. beim Fahren über das Bahngeleise von der Maschine des Lokalzuges der beklagten Eisenbahngesellschaft erfaßt; er selbst wurde verletzt, der Wagen beschädigt. Das LG. hat die Beklagte zum Ersatz der Heilungskosten und des Sachschadens verurteilt, im übrigen (Erwerbsentgang für mehrere Wochen und Rente bis zur Wiederherstellung der Erwerbsfähigkeit) den Schadensersatzanspruch dem Grunde nach für gerechtfertigt erklärt. Die Berufung wurde zurückgewiesen.

Aus den Gründen: Die Haftpflicht der Beklagten entfällt, wenn sie den alle Zweifel ausschließenden Beweis erbringt, daß den Kläger ein die eigentliche Ursache des Unfalls bildendes Verschulden trifft. Das BerG. erachtet als alleinige Ursache die mit dem Straßenbahnbetriebe verbundene gemeine Gefahr, die an der fraglichen Stelle sehr groß ist und umsomehr ins Gewicht fällt, als trotz des starken Verkehrs zu der Zeit, in die der Unfall fiel, entsprechende Vorsichtsmaßregeln (Aufstellung eines Wärters, starkes bis zum Schrittfahren führendes Bremsen, lang fortgesetzte und weithin hörbare Glocken- und andere Zeichen) nicht angeordnet waren. Der Kläger, dem auf die Benutzung der Straßen und Plätze von M. zu Verkehrszwecken das nämliche Recht zustand, wie der Beklagten, hat weder die nach allgemeinen Grundsätzen erforderliche Aufmerksamkeit eines vernünftigen Menschen, noch diejenige außer acht gelassen, die das Publikum gegenüber der von Straßenbahnen herrührenden Gefahr zu beobachten hat. Der Kläger wußte, daß um die Zeit, als er sich dem Straßenkreuze näherte, ein Zug fällig sei; die Minute des Passierens der einzelnen Straßen war ihm unbekannt. Diese Kenntnis war nicht zu verlangen, hätte auch (wegen der häufigen Verspätungen bei Lokal- und Straßenbahnen) keine besondere Bedeutung gehabt. Daraus, daß ihm Arbeiter begegneten, die nach der nahen Haltestelle strebten, konnte der Kläger nichts entnehmen, als was er schon wußte: Fälligkeit eines Zuges in naher Zeit. Bedeutungslos ist der Hinweis der Beklagten auf die dem Kläger zugegangenen Warnungen durch vorübergehende Personen: der Kläger hat die Warnungsrufe nicht gehört, die Warnungszeichen nicht verstanden oder nicht richtig ausgelegt. Halten und fragen, wenn er die weder auffälligen noch dringlichen Zurufe der Begegnenden nicht verstand, mußte der Kläger nicht. Daß er selbst auf seinem Wagen eine Anzahl leerer, nicht in schalldämpfender Weise verpackter Fässer hatte, gereicht dem Kläger nicht zum Vorwurf; das Geräusch der Fässer war nicht so stark, daß es dem allgemeinen Straßenlärm gegenüber besonders in Rechnung kam. Der Kläger, dem die ungünstigen Orientierungsverhältnisse des Straßenkreuzes bekannt waren, hat sich, als er in die Nähe kam, in einer die Sachlage entsprechenden Weise in Bereitschaft gesetzt, sich etwas auf dem Wagen erhoben, die Gangart des Pferdes verlangsamt, die Zügel angezogen und nach vorne gehorcht. Sah er nun trotzdem den Zug nicht kommen und hörte er auch kein Glockenzeichen, so durfte er, ohne damit die erforderliche Sorgfalt beiseite zu setzen, den Uebergang über das Geleise unternehmen und brauchte nicht auf der Südseite der Ortsstraße ins Ungewisse zu warten; er durfte vielmehr darauf vertrauen, daß er mit seinem sicheren und vertrauten Pferde den Uebergang noch ungefährdet werde bewirken können. Auch als er den — wohl etwas zu rasch fahrenden — Zug unmittelbar vor sich sah, konnte er nichts anderes tun als er tat, nämlich unter gleichzeitigem Haltruf an den Zugführer, zu versuchen, über das Geleise vollends hinüberzukommen, in dessen Ueberschreitung er damals schon begriffen war. Den Kläger könnte auch dann kein Vorwurf fahrlässigen Verschuldens treffen, wenn der Schrecken seine Ruhe und Besonnenheit beeinträchtigt hätte. Fehlt es aber an einem Verschulden des Klägers, so ist für irgend eine weitere Untersuchung und Abwägung kein Raum und es trifft die Haftpflicht die Beklagte im ganzen Umfange. (Urt. vom 12. Juni 1906 I 19/06. Die Revision gegen dieses Urteil wurde vom VI. ZS. des Reichsgerichts mit Urteil vom 25. März 1907 zurückgewiesen).

929 Mitget. von Oberlandesgerichtsrat Lunglmayr in Zweibrücken.

Oberlandesgericht Nürnberg.

Vollgatter, wesentlicher Bestandteil eines Dampfsägewerks? Wirkung der Freigabe eines wesentlichen Bestandteils eines zum Zweck der Zwangsversteigerung beschlagnahmten Grundstücks. Die Klägerin (Maschinenfabrik E.) lieferte unter Eigentumsvorbehalt bis zur Zahlung des Kaufschillings an die Eheleute F. (Besitzer eines Dampfsägewerks) ein Vollgatter. Der Kaufpreis ist noch nicht bezahlt. Das Anwesen der Eheleute F. wurde im Zwangswege versteigert. Das LG. hatte vorher auf Antrag der Klägerin die Versteigerung des Vollgatters vorläufig eingestellt und der Beklagte H. — Hypothekgläubiger und betreibender Gläubiger — hatte daraufhin durch seinen Vertreter gegenüber dem Anwalt des Klägers schriftlich erklärt, daß er auf die Versteigerung des Vollgatters verzichte. Wenige Tage darauf ersteigerte er das Anwesen. Er verweigert nun die Herausgabe des Vollgatters, weil es wesentlicher Bestandteil des Dampfsägewerks und die Freigabe wirkungslos sei. Das LG. verurteilte ihn zur Herausgabe. Auf Berufung wurde er unter Berücksichtigung des auf Ersatz des Wertes des Vollgatters gerichteten vorsorglichen Antrags der Klägerin zur Zahlung von 2240 Mk. als dem Wert des Vollgatters zur Zeit des Zuschlags nebst Zinsen hieraus verurteilt.

Aus den Gründen: Der Erstrichter setzt sich unter Bezugnahme auf Oertmann im Recht 1906 S. 1114 in gewollten Widerspruch mit der ständigen Rechtsprechung des Reichsgerichts. Hierin kann ihm nicht gefolgt werden. Es kann dahingestellt bleiben, ob das Vollgatter zur Herstellung des Sägewerks eingefügt war und daher § 94 Abs. 2 BGB. Platz greift, da es schon im Sinne des § 93 einen wesentlichen Bestandteil des Sägewerks bildet. Daß das Vollgatter für die Dauer seiner Verbindung mit dem Sägewerk seine Selbständigkeit als bewegliche Sache verloren hat, ist bei der Art und Weise der Verbindung nicht zu bezweifeln. Es ist daher Bestandteil des Sägewerks. Ein Bestandteil kann aber nur dann nicht Gegenstand besonderer Rechte sein, wenn er wesentlicher Bestandteil ist (§§ 93, 946 BGB.). Die Unterscheidung zwischen wesentlichen und nicht wesentlichen Bestandteilen beruht auf wirtschaftlichen Rücksichten. Durch den Grundsatz, daß wesentliche Bestandteile nicht Gegenstand besonderer Rechte sein können, soll der nutzlosen Zerstörung wirtschaftlicher Werte vorgebeugt werden, und es kann die Eigenschaft eines Bestandteils als eines wesentlichen nicht deshalb bezweifelt werden, weil ein Ersatz durch einen Gegenstand von gleicher oder ähnlicher Bedeutung möglich ist. Eine Wesensänderung im Sinne des § 93 a. a. O. liegt nicht nur dann vor, wenn das Sägewerk als solches seinen Charakter überhaupt verliert, sondern schon dann, wenn es durch die Beseitigung des Vollgatters eine so erhebliche Einbuße in seiner wirtschaftlichen Bedeutung erleidet, daß hierin nach den Anschauungen des Verkehrs eine Wesensänderung zu erblicken ist. (RG. in ZS. Bd. 58 S. 338, Bd. 62 S. 406, Bd. 63 S. 171 und 418). Letztere Voraussetzung ist hier gegeben.

Außer dem fraglichen Vollgatter, mit dem Stämme bis zu 50 cm Durchmesser geschnitten werden können, ist im Sägewerk nur noch ein Vollgatter, das aber nur Stämme bis zu 28 cm Durchmesser schneidet, und ein Horizontalgatter vorhanden, das, wenn es auch stärkere Stämme schneiden kann, doch nur ein Blatt hat, und dessen Benützung deshalb bei nicht edlen Hölzern nicht lohnt. Bei Beseitigung des im Streite befangenen Gatters könnte die Dampfkraft nicht ausgenützt, könnten stärkere Stämme nicht geschnitten werden; das Sägewerk würde im Werte bedeutend sinken, seine Rentabilität würde um $^2/_5$ zurückgehen. Diesem erheblichen dauernden Schaden gegenüber tritt der Wert des Vollgatters mit 2800 Mk. (oder jetzt 2240 Mk.) ganz zurück; seine Lostrennung wäre ganz unwirtschaftlich. Gemäß § 93, 946 BGB. ist deshalb der Beklagte durch den Zuschlag kraft Gesetzes Eigentümer des Vollgatters als des wesentlichen Bestandteils des Sägewerks geworden; seine Kenntnis des Eigentumsvorbehalts hinderte den Eigentumsübergang nicht. (JW. 1904 S. 138, SeuffA. Bd. 59 S. 218).

Das dingliche Recht der Klägerin ist damit untergegangen. Dies kann aber nicht zur Abweisung ihrer Klage führen; denn sie besitzt einen persönlichen Anspruch auf Herausgabe des Vollgatters. Die Freigabe schuf einen selbständigen Verpflichtungsgrund. Ihre Annahme ist außer Streit. Die Erklärung wurde nicht einseitig an das Vollstreckungsgericht oder den Notar gerichtet, um das Zwangsversteigerungsverfahren zu beeinflußen, sondern an den Gegner. Damit wurde bedingungslos das Wegnahmerecht der Klägerin vertragsmäßig anerkannt. Die Anerkennung kann auch durch einen Vertreter erfolgen, ebenso wie sie einem Vertreter des Gegners gegenüber erklärt werden kann (§§ 781, 164 BGB.). Allerdings können wesentliche Bestandteile eines Gebäudes nicht Gegenstand besonderer dinglicher Rechte sein, es ist aber zulässig, daß zwischen dem Eigentümer eines Grundstücks oder einem Dritten und dem Hypothekgläubiger ein Vertrag mit obligatorischer Wirkung geschlossen wird, nach welchem sich der Hypothekgläubiger die Wegschaffung von Bestandteilen gefallen lassen muß, die für seine Hypothek haften. (JW. 1905 S. 280; Planck, BGB. Bem. 1 Abs. 2 zu § 93). So liegt die Sache hier. Der Beklagte hat sich verpflichtet, die Wegschaffung zu dulden. Hieran wird dadurch nichts geändert, daß er seine Erklärung zu einer Zeit abgegeben hat, als er nur Hypothekgläubiger und betreibender Gläubiger war; er hat sich nicht etwa nur in dieser Eigenschaft gebunden und ist nicht frei geworden, weil er das Sägewerk nachher erworben hat. Da das Vollgatter für die Dauer der Verbindung mit dem Sägewerk keine bewegliche Sache bildet, ist bei der Weigerung des Beklagten auf Herausgabe eine Zwangsvollstreckung nach den Vorschriften der §§ 883, 890 ZPO. nicht möglich; die Klägerin ist deshalb berechtigt, das Interesse zu verlangen. (§ 893 a. a. O.). (Urt. vom 22. April 1907). H.

950

Landgericht München I.

Dauer der Eidespflicht des gesetzlichen Vertreters nach § 125 KO. Ueber den Nachlaß der Gutsbesitzerswitwe Doris E. war der Konkurs eröffnet worden. Erbin war deren einzige Tochter Marg. E., die erst während des Konkurses volljährig wurde. Der Konkursverwalter lud sie zur Leistung des Konkurseides, worauf sie die Eidespflicht bestritt, weil sie über den Stand des Nachlasses nur mangelhafte Kenntnis habe. Der Verwalter möge sich an ihren früheren Vormund wenden. Das Amtsgericht verwarf den Widerspruch und die Beschwerde blieb erfolglos.

Aus den Gründen: Die Unrichtigkeit der von der Beschwerdeführerin unter Bezugnahme auf Jaeger, KO. vertretenen Auffassung ergibt sich schon daraus, daß folgerichtig auch bei einem Wechsel des Vormunds während des Konkurses nicht der letzte, sondern der vorletzte Vormund eidespflichtig, im Falle des Todes des letztgenannten Vormunds aber ein Schwurpflichtiger überhaupt nicht mehr vorhanden wäre. Daß der inzwischen volljährig gewordene Mündel über den Nachlaßbestand möglicherweise nicht genau unterrichtet ist, ist belanglos, weil die Norm des § 807 ZPO. auch solche Fälle vorsieht, es übrigens

Sache des Vormunds gewesen wäre, gelegentlich des Eintrittes der Volljährigkeit des Mündels ihm entsprechenden Aufschluß zu erteilen und Sache des Mündels, sich hierbei entsprechend zu erkundigen (§§ 1890, 260 BGB.). (Beschl. vom 10. Mai 1907; Beschw.R. 246/07).
924 N.

Literatur.

Lehmann, Dr. Heinrich, Privatdozent der Rechte an der Universität Bonn. Die Unterlassungspflicht im Bürgerlichen Recht. 388 S. München 1906, C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung (Oskar Beck). Mk. 10.—.

L. sucht die in der zivilistischen Theorie bisher so stiefmütterlich behandelte Unterlassungspflicht von Grund aus zu erfassen und in ihrer vollen Ausdehnung von allen Seiten zu beleuchten. Seine Arbeit beschränkt sich nicht auf die negative Obligation, sondern zieht auch die Verpflichtung zur Unterlassung auf Grund absoluter Normen in den Bereich der Untersuchung. Der zu den Grundbegriffen der Rechtswissenschaft hinabsteigende allgemeine Teil beginnt mit einer volle 14 Seiten füllenden Darlegung des Wesens der Rechtsverbote, um dann nach Feststellung des Wesens der Unterlassungspflicht auf mehr als 27 Seiten die Verpflichtung zum Dulden zu erörtern. In demselben Tempo werden weiter die Unterlassung als Leistung, Rechtsverhältnis und subjektives Recht, der Anspruch, der Unterlassungsanspruch aus relativem Recht und schließlich die Unterlassungsansprüche aus absolutem Recht charakterisiert. Dann erst (S. 132) beginnt der besondere Teil. Er behandelt die Entstehung, den Inhalt und die Endigung der Unterlassungspflicht, die Nichterfüllung der negativen Pflicht und ihre Rechtswirksamkeit, den Wechsel in der Person des Schuldners und Gläubigers, Mehrheit von Schuldnern und Gläubigern und endlich die Verjährung des Unterlassungsanspruchs. Diese Inhaltsübersicht dürfte schon erkennen lassen, wie sehr Lehmann bestrebt ist, die Anwendbarkeit aller Normen des Obligationenrechts durchzuprüfen, deren Anwendung auf die Unterlassung zu Zweifeln Anlaß geben könnte. Das Buch stellt eine so schwere Kost dar, daß jeder, der nicht gerade gezwungen ist, sich damit zu befassen, ihm gern aus dem Wege gehen wird. Weniger ermüdend wäre es wohl geworden, wenn der Verfasser den größten Teil der Auseinandersetzungen mit den Ansichten anderer, vielleicht auch die Mehrzahl der Beispiele, in Anmerkungen untergebracht hätte.

Rechtsanwalt Dr. Böckel, Jena.

Landmann, Robert von. Kommentar zur Gewerbeordnung für das Deutsche Reich. Unter Mitwirkung von **Dr. Gustav Rohmer.** 5. Auflage. 1. Band. Einleitung und Gewerbeordnung §§ 1 bis 104n. München 1907, C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung (Oskar Beck). Gebd. Mk. 14.—.

Mit Freude werden die bayerischen Juristen aus dem Vorworte zur 5. Auflage ersehen haben, daß Landmann die Neubearbeitung seines hervorragenden Kommentars selbst wieder aufgenommen hat. Das Werk ist der zuverlässigste Führer durch den nichts weniger als leicht zu übersehenden Zustand des Gewerberechts. Infolge der sorgfältigen Berücksichtigung der Landesrechte bietet es ein schlechthin unübertreffliches Hilfsmittel, das niemals im Stiche läßt.

von der Pfordten.

Rhöner, Fritz. Der lachende Jurist (Homo juridicus ridens), ein Scherzbuch. E. Piersons Verlag in Dresden. Mk. 1.—.

Wir haben dieses harmlos scherzhafte Büchlein mit Vergnügen gelesen. Die satirischen Angriffe auf das BGB., die es u. a. enthält, sind leider nicht unbegründet.

von der Pfordten.

Fuld, Dr. Ludwig, Justizrat, Rechtsanwalt in Mainz. Gesetz, betreffend das Urheberrecht an Werken der bildenden Künste und der Photographie. Textausgabe mit Anmerkungen und Sachregister. Berlin 1907, J. Guttentag, Verlagsbuchhandlung. (Guttentagsche Sammlung deutscher Reichsgesetze Nr. 81). Gebd. Mk. 1.—.

Das Werkchen reiht sich würdig den in der beliebten Guttentagschen Sammlung erschienenen Ausgaben anderer deutscher Reichsgesetze an. Der Inhalt der Anmerkungen ist keineswegs nur aus den amtlichen Materialien geschöpft; auch wer da oder dort anderer Meinung ist als Fuld, wird anerkennen, daß seine Anmerkungen bei aller Kürze wertvolle Fingerzeige für die Anwendung des Gesetzes bieten. E.

Notiz.

Der schriftliche Verkehr im Heere. Durch eine Bekanntmachung des Kriegsministeriums vom 6. Juni 1907 werden neue Vorschriften für den schriftlichen Dienstverkehr der Militärbehörden eingeführt (VOBl. des Kriegsministeriums Nr. 15 S. 149 ff.). Für den schriftlichen Verkehr zwischen Zivil- und Militärbehörden, zwischen Zivilbehörden und Militärpersonen und zwischen Militärbehörden und Privatpersonen gelten die neuen Vorschriften nicht, vielmehr bleiben hierfür die Vorschriften in der Bekanntmachung der Zivilstaatsministerien Nr. 9768 vom 28. April 1901 maßgebend (vgl. die weitere Bekanntmachung Nr. 9768 vom 28. April 1901, GVBl. S. 393). Im großen und ganzen gleichen jedoch die neuen Vorschriften denen, die für die Zivilbehörden gelten. Mehrere Verschiedenheiten sind beseitigt. Die sog. innere Adresse soll z. B. jetzt unmittelbar unter die Bezeichnung der absendenden Stelle zu stehen kommen, nicht mehr auf die untere Seite des Bogens. Die Bezugnahme auf den „Betreff", die Aufzählung der Beilagen und die Angaben über den veranlassenden Einlauf werden aus dem Texte ausgeschieden und auf die linke Hälfte der ersten Seite verwiesen, wie es auch für den Verkehr der Zivilbehörden vorgeschrieben ist.[1]) Die Unterwürfigkeitsformeln sind künftighin zu unterlassen (§ 6 Abs. 1); damit kommt endlich auch das fürchterliche „hochgeneigtest" zu Fall.

Da die neuen Vorschriften denen der Zivilstaatsministerien in allen wesentlichen Punkten angepaßt sind, werden wir künftig in Bayern eigentlich nur noch eine Form des schriftlichen Dienstverkehrs haben und zwar erfreulicher Weise eine einfache, von allen umständlichen Floskeln befreite Form, die den Bedürfnissen der Gegenwart entspricht.

[1]) Leider werden von diesen die veralteten Einleitungsformeln noch immer sehr häufig gebraucht. Es wäre höchste Zeit, daß unsere Justizbehörden — vor allem die Amtsvorstände — sich endlich einmal die Bekanntmachung vom 28. April 1901 genauer ansehen.

Verantwortl. Herausgeber: Th. von der Pfordten, K. Landgerichtsrat, verw. im Staatsministerium d. Justiz.

Eigentum von J. Schweitzer Verlag (Arthur Sellier) in München.
Druck von Dr. Franz Paul Datterer & Cie., G. m. b. H., Freising.

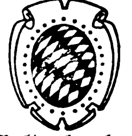


Nr. 14. München, den 15. Juli 1907. 3. Jahrg.

Zeitschrift für Rechtspflege in Bayern

Herausgegeben von
Th. von der Pfordten
K. Landgerichtsrat, verw. im K. Bayer. Staatsministerium der Justiz.

Verlag von
J. Schweitzer Verlag
(Arthur Sellier)
in München, Lenbachplatz 1.



Die Zeitschrift erscheint am 1. und 15. jeden Monats im Umfange von mindestens 2 Bogen. Preis vierteljährlich Mk. 3.—. Bestellungen übernimmt jede Buchhandlung und Postanstalt (Postzeitungsliste für Bayern Nr. 974a).

Redaktion und Expedition: München, Lenbachplatz 1. Insertionsgebühr 30 Pfg. für die halbgespaltene Petitzeile oder deren Raum. Bei Wiederholungen Rabatt. Stellenanzeigen 20 Pfg. Beilagen nach Uebereinkunft.

Untersuchungshaft bei Ueberweisung an die Landespolizei.[1]

Von
Landgerichts-Direktor **Seidenschwarz** in Aschaffenburg.

Sehr häufig wird in Fällen, in welchen die Ueberweisung an die Landespolizei gemäß § 362 Abs. 2 StGB. in Frage kommt, nicht wegen der erkannten Freiheitsstrafe, sondern nur wegen der Ueberweisung das Rechtsmittel der Berufung eingelegt und zwar entweder vom Angeklagten mit der Begründung, daß mit Unrecht auf Ueberweisung erkannt, oder vom Staatsanwalt, weil trotz der gesetzlichen Grundlage hierfür der Antrag auf Ueberweisung abgelehnt worden ist.

Wie steht es in diesen Fällen beim Vorliegen eines Haftbefehles mit der Untersuchungshaft, insbesondere im Hinblick auf § 123 StPO.? Da in der Praxis diese sehr häufig auftretende Frage durchaus nicht gleichmäßig behandelt wird, dürfte sich ihre eingehendere Besprechung rechtfertigen:

Betrachten wir zunächst

a) den Fall, daß neben der Verurteilung des Angeklagten zur Freiheitsstrafe auf Ueberweisung erkannt worden ist.

Hier ist der Haftbefehl regelmäßig aufrecht zu erhalten — selbst dann, wenn die erkannte Freiheitsstrafe als durch die erlittene Untersuchungshaft für verbüßt erklärt wird. Der Haftbefehl ist eine strafprozessuale Maßregel, welche den Zweck hat, die Durchführung des Verfahrens und zwar nicht nur wegen der Hauptstrafe, sondern auch wegen der Nebenstrafe und des Strafvollzuges zu sichern. Es besteht deshalb für den gesetzten Fall kein Bedenken, den Haftbefehl solange aufrecht zu erhalten, bis das gerichtliche Verfahren auch in Ansehung der Nebenstrafe, d. i. der Ueberweisung des Verurteilten an die Landespolizei, rechtskräftig erledigt ist. (Löwe Note 6 zu § 112 StPO.; Stenglein Note 4 zu § 113 a. a. O.).

In welcher Form hat die Aufrechthaltung des Haftbefehls zu geschehen? Ist sie insbesondere im Urteilstenor ausdrücklich auszusprechen? — Auch hier geht die Behandlung in der Praxis auseinander.

Die Prozeßordnung enthält eine Bestimmung darüber, daß von Amts wegen die Anordnung oder Fortdauer der Untersuchungshaft zu beschließen sei, nur in § 205 Abs. 2; die Beschlußfassung hierüber hat mit der Beschlußfassung über die Eröffnung des Hauptverfahrens Hand in Hand zu gehen. Außerdem ist aber immer und zwar, wenn möglich, sofort Beschluß zu fassen, wenn nach § 123 StPO. der Haftbefehl — die Rede ist hier von dem Haftbefehl nach Erhebung der öffentlichen Klage — aufzuheben ist, nämlich, wenn der in dem Haftbefehl angegebene Grund weggefallen ist oder wenn der Angeschuldigte freigesprochen oder außer Verfolgung gesetzt wird. Hält man die Bestimmungen in den erwähnten §§ 205 II und 123 mit der Tatsache zusammen, daß eine gleiche Bestimmung wie in § 205 Abs. 2 für den Inhalt des Urteils nicht besteht, so gelangt man zu dem folgerichtigen Schluß, daß im Urteil ein Ausspruch dahin, daß der Haftbefehl aufrecht erhalten oder Fortdauer der Untersuchungshaft angeordnet wird, nicht veranlaßt oder gar geboten ist. Selbstverständlich steht nichts entgegen, die Gründe der Nichtaufhebung des Haftbefehls in den Urteilsgründen kurz zu erörtern. Es ergibt sich daraus aber auch die weitere Folgerung, daß der Haftbefehl bis zu seiner ausdrücklichen Aufhebung in Kraft bleibt mit der Einschränkung jedoch, daß der Haftbefehl stillschweigend — kraft Gesetzes — dann wegfällt, wenn er seinen Zweck vollständig erfüllt hat, so wenn der Verurteilte im Anschluß an die Untersuchungshaft zur sofortigen Strafverbüßung überführt wird. Durch den Eintritt der Strafhaft wird die Untersuchungshaft ausgeschlossen und der Haftbefehl kraft Gesetzes hinfällig. (Holtzendorff, Handbuch des deutschen Strafprozeßrechts I. Bd. Abt. 7 S. 359).

Ist b) zwar auf Strafe erkannt, der amtsanwaltschaftliche Antrag auf Ueberweisung an die Landespolizei aber abgelehnt, so bleibt, von be-

[1] §§ 112 ff., 123 StPO. und § 362 Abs. 2 StGB.

sonderen Umständen abgesehen, welche die Aufhebung des Haftbefehls nach § 123 StPO. jederzeit erheischen können, der Haftbefehl bestehen, um den Vollzug der Freiheitsstrafe zu sichern. Ergreift aber der Amtsanwalt wegen der Nichtüberweisung das Rechtsmittel der Berufung, so entsteht von dem Augenblicke an, in dem die Freiheitsstrafe in Vollzug gesetzt wird, die Frage nach dem ferneren Schicksale des Haftbefehls.

Es ist mir ein Fall aus der Praxis bekannt, in welchem der Staatsanwalt bei dem Berufungsgerichte mit Rücksicht darauf, daß die erkannte Freiheitsstrafe noch vor der Verhandlung über die wegen Nichtüberweisung an die Landespolizei eingelegte Berufung zu Ende ging, den Antrag gestellt hat, einen neuen Haftbefehl zu erlassen, die Strafkammer aber Beschluß dahin erlassen hat, daß der frühere Haftbefehl, weil nicht ausdrücklich aufgehoben, noch zu Recht bestehe und ein Grund zu seiner Aufhebung um so weniger bestehe, als das Urteil noch in einem tief einschneidenden Punkte mit Berufung angefochten sei, so daß die Fortdauer der Untersuchungshaft hierwegen auch nach erstandener Strafe noch in Betracht komme. Dieser Fall zeigt so recht die Verschiedenheit der Meinungen in der aufgeworfenen Frage. Der Antrag des Staatsanwalts ist von der zutreffenden Voraussetzung ausgegangen, daß der frühere Haftbefehl hinfällig geworden war. (Vgl. die Ausführungen oben unter a) am Ende). Er war aber, da in der Sachlage eine Aenderung gegen früher nicht eingetreten war, ebenso unbegründet wie der Beschluß der Strafkammer unzutreffend. Zur Sicherung des Vollzuges der Freiheitsstrafe war ein Haftbefehl nicht mehr geboten und was die Erledigung des Strafverfahrens bezüglich der Frage der Ueberweisung an die Landespolizei anlangt, so stand die in § 123 StPO. zum Ausdruck gebrachte Absicht des Gesetzes der Erlassung eines neuen und der Aufrechthaltung des bisherigen Haftbefehls entgegen.

Im Anschluß hieran drängt sich die Frage auf:

c) Kann im Falle b) nach Verbüßung der Freiheitsstrafe mit Rücksicht auf die vom Amtsanwalt wegen der Nichtüberweisung eingelegte Berufung neuer Haftbefehl erlassen werden?

Diese Frage ist zu bejahen 1. für den Fall, daß vom Berufungsgerichte unter Aufhebung des erstinstanziellen Urteils auf Ueberweisung erkannt wird, und 2. für den weiteren Fall, daß im Laufe des weiteren Verfahrens die Sachlage tatsächlich sich so ändert, daß nunmehr für die Ueberweisung und im Zusammenhang damit auch für die Erlassung eines neuen Haftbefehls hinreichend Anlaß gegeben ist. Hierzu ist nicht nur das Berufungsgericht, sondern solange die Sache noch nicht an dieses gelangt ist, auch das Gericht 1. Instanz zuständig; von einem dadurch geschaffenen Widerspruch des Untergerichts mit seiner früheren Entscheidung kann deshalb keine Rede sein, weil der neue Haftbefehl ja auf Grund einer veränderten Sachlage ergeht. Dagegen spricht die ratio des § 123 Abs. 2 StPO. dafür, daß auf Grund anderweitiger rechtlicher Beurteilung die Erlassung eines neuen Haftbefehls nur gleichzeitig mit dem auf Ueberweisung erkennenden Urteile 2. Instanz zulässig ist. Wie im Falle der Freisprechung die Berufung des Staatsanwalts die Freilassung des Angeklagten nicht verzögern darf, so vermag auch die nur gegen die Ablehnung der Ueberweisung gerichtete Berufung des Staatsanwalts, vorausgesetzt, daß die tatsächlichen Verhältnisse die gleichen sind, die Aufrechthaltung des bisherigen oder die Erlassung eines neuen Haftbefehls nicht zu rechtfertigen.

Die Ansichten der Kommentatoren gehen hierin allerdings auseinander. (Vgl. Löwe Note 7 zu § 123 und die dortigen Zitate).

d) Ob von der Ueberweisung Gebrauch gemacht werden soll, darüber entscheidet die Landespolizeibehörde, in Bayern die Distriktspolizeibehörde. Das dabei zu beobachtende Verfahren ist in der Ministerialbekanntmachung vom 28. März 1891 (JMBl. S. 65 ff.) mit Justizministerialbekanntmachung vom 8. März 1901 (JMBl. S. 282, 283) geregelt. Ist das gerichtliche Strafverfahren rechtskräftig erledigt, so ist, wie schon erwähnt, für die Untersuchungshaft kein Raum mehr. Ergibt sich nach diesem Zeitpunkte die Notwendigkeit, den Verurteilten zur Vollziehung der Nachhaft festzuhalten, so bleibt die dann erforderliche Maßregel — Polizeihaft — der Polizeibehörde überlassen. Sie wird regelmäßig einzutreten haben entweder im unmittelbaren Anschluß an den Strafvollzug oder wenn die Strafe bereits vollzogen ist, bevor der Ausspruch wegen der Ueberweisung rechtskräftig geworden ist, mit der Rechtskraft des letzteren Ausspruchs, weil mit diesem Augenblicke die Untersuchungshaft von Rechts wegen zu bestehen aufhört.

Zur Lehre vom Rechte der Persönlichkeit.

Von **Ludwig Kunkel**, Rat am Obersten Landesgerichte.

Im Bd. 70 S. 271 der BlfRA. findet sich die Mitteilung von einem Urteile des OLG. München vom 4. März 1905, in dem der Satz ausgesprochen ist, daß „das allgemeine Persönlichkeitsrecht, welches gewöhnlich als Recht am eigenen Bilde bezeichnet wird und welches dem Abgebildeten (Urbild) ein Untersagungsrecht gegen unbefugte Nachgestaltung seiner Person gewähren soll, im Rechte nicht anerkannt und daher für die Gesetzesanwendung nicht verwertbar ist". Diese Entscheidung, die seinerzeit nicht unberechtigtes Aufsehen erregte, scheint ohne Weiteres die Rechtskraft erlangt zu haben; wenigstens ist eine Revisionsentscheidung nicht bekannt geworden. Die erwähnte

Mitteilung gibt Anlaß zur Erörterung der Frage, ob und in welchem Umfange das „Recht der Persönlichkeit" zur Zeit des Inkrafttretens des BGB. in der Rechtslehre und in der Rechtsprechung anerkannt war und deshalb im Hinblick auf die Art. 32, 55 EG. z. BGB. neben diesem fortdauernde Geltung in Anspruch nehmen darf und ob man im Jahre 1905 wirklich noch mit Grund behaupten konnte, das Rechtsgebilde sei ein „unfertiges". Denn das Bestehen eines außergesetzlichen Rechtssatzes könnte selbstverständlich nicht dadurch in Frage gestellt werden, daß die Theorie auch seine formelle gesetzliche Anerkennung und Ausgestaltung fordert.

Trotz des bekannten Antagonismus der Hauptvertreter der historischen Schule hatte die Rechtslehre schon seit geraumer Zeit erkannt und festgestellt, daß es Individual-Rechte der Person gibt, die weder im Familien-, noch im Vermögensrechte ihre Stelle finden können. Von den Romanisten seien folgende genannt: Puchta, Ihering, Arndts, Windscheid, Dernburg, Regelsberger, — von den Germanisten Gerber, Gierke, Gareis und — last not least — als zu beiden Kategorien gehörend — Kohler. Mögen auch die Versuche der Konstruktion dieses besonders gearteten subjektiven Rechtes oder Inbegriffs von subjektiven Rechten anfänglich verfehlt gewesen [1]), mag ferner auch die jetzt noch nicht allseitig aufgegebene Bezeichnung dieses Rechtes als eines solchen „an der eigenen Person" nicht ganz passend sein, die Existenz eines den Rechtsschutz genießenden Individualrechtes, das man mit der herrschenden Lehre am besten als das „Recht der Persönlichkeit" bezeichnet,[2]) ist längst anerkannt und mit gutem Grund konnte Kohler im Jahre 1903 sagen, daß an dem Persönlichkeitsrechte selbst nur von wenigen mehr gezweifelt werde.[3]) Wie wäre es denn, wenn der § 12 des BGB. fehlte, wie ja auch in der Tat der erste Entwurf ihn gar nicht enthielt? Das Namenrecht als ein „Stück der Rechtspersönlichkeit" war im gemeinen, preußischen und französischen bürgerlichen Rechte als ein den Zivilrechtsschutz genießendes besonderes Recht anerkannt, obwohl weder die Quellen des gemeinen Rechtes, noch das Allgem. Preuß. Landrecht noch der Code civil Normen hierüber aufgenommen hatten.[4]) Auch Planck (BGB.) erkennt an, daß das Namenrecht „auf der Persönlichkeit" beruht und daß der § 12 nur die bisherige Rechtsentwicklung abgeschlossen hat.[1]) Aber auch der § 22 des Kunstschutzgesetzes hat nur eine länger dauernde Entwicklung abgeschlossen. Ein Grundsatz, der ursprünglich schon vom Rechtsgefühl erfordert war, hatte sich allmählich zum Rechtsbewußtsein im Volke ausgebildet, die Notwendigkeit seiner rechtlichen Geltung war erkannt und damit das Rechtsgebilde ein „fertiges" geworden. Hätten doch sicherlich auch die Römer, wenn ihnen die vervielfältigenden Künste und namentlich die Photographie schon bekannt gewesen wären, gegen Verletzungen auch dieses Rechtes der Person die a. injuriarum gegeben. Den Streit über die Zulässigkeit einer analogen Anwendung des § 12 BGB. auf das Recht am eigenen Bilde hätte man sich also ersparen können.[2]) Die deutschrechtliche und die ausländische Theorie hatte sich denn auch schon vor dem oben erwähnten Zeitpunkte in einer Reihe von Sonderabhandlungen mit der Darstellung des Rechtes am eigenen Bilde befaßt. Die Rechtslehre zog dabei nur die Konsequenzen aus der feststehenden Lehre vom Persönlichkeitsrechte, anfänglich freilich noch mit teilweise irrgehender Begründung. Bezüglich des Kardinalpunktes aber, der Frage nämlich, ob die öffentliche Verbreitung oder Ausstellung eines Bildnisses ohne Einwilligung des Abgebildeten widerrechtlich sei, wurde ausnahmslos die bejahende Ansicht vertreten.[3]) Nur in Nebenfragen, insbesondere hinsichtlich der vom Prinzip zu machenden Ausnahmen, über dessen notwendige Einschränkungen die Ansichten nicht völlig übereinstimmten. Die deutsche Rechtsprechung hat sich allerdings nur in wenigen Entscheidungen, „zögernd und tastend", zum Teile mit sehr anfechtbarer Be-

---

[1]) Unger, System der allgem. österr. Privatrechts 1. Bd. 5. Aufl. (1856—1891) Bd. 1 § 60 Anm. 5 S. 506 hatte diese Konstruktion eine unzulässige Subjekt-Objektivierung genannt.

[2]) Krainz-Ehrenzweig, System des österr. allg. Privatrechts bezeichnen es als „Recht der persönlichen Freiheit" (Bd. 1 §§ 28, 31 S. 83 ff. 93). Aehnlich Bérard (bei Prager, Das Recht am eigenen Bilde 1903 S. 3, 4), „les droits, qui ont pour fonction immédiate et speciale de garantir la liberté et la dignité de la personne".

[3]) Das Eigenbild im Recht S. 5.

[4]) Die Entscheidungen für das gemeinrechtliche Gebiet sind bekannt; dazu Erk. des preuß. Obertribunals vom 4. November 1861, Entsch. 46, 193; Urteil des Pariser Kassationshofs vom 17. November 1891 bei Sirey Récueil p. 25 bis 29, Arch. f. bürgerl. Recht 5, 77 ff., (Kohler) 6, 307 ff. (Fischer).

[1]) A. M. Rambohr im Gruchots Beiträgen 43, 1 ff., der das Persönlichkeitsrecht wie überhaupt nicht, so auch nicht als Grundlage des Namenrechts des BGB. gelten lassen will. Er verwechselt das Interesse an der Geltendmachung des Rechtes, das allerdings in der Regel ein familienrechtliches sein wird, mit der Natur des absoluten Rechtes und seinem Grunde.

[2]) S. auch Th. Osterrieth, Bemerkungen zum Entw eines Gesetzes betr. das Urheberrecht an Werken der bildenden Künste usw. 1904 S. 144.

[3]) Ihering, Jahrb. f. Dogmatik Bd. 23 S. 318 ff. (1885); Keyßner, Das Recht am eigenen Bilde (1896); Gareis, DJZ. 1902 S. 412 ff; Olshausen bei Gruchot, Beiträge 46 (1902) S. 492 ff.; Cohn, Neue Rechtsgüter (1902) S. 39 ff., 40 Text u. Anm. 2; Prager, Das Recht am eigenen Bilde (1903); Kohler, Das Eigenbild im Recht (1903). Uebersichtlich Schneickert, Schutz der Photographien usw. (1903) S. 102, 109 ff.; Verhandlungen des 26. Deutschen Juristentags Bd. 1 S. 1 bis 17, S. 72 bis 85. (Gutachten von Gareis und Keyßner). Ricca-Barberis, Sul contenuto del diritto al nome e del diritto all' immagine, Napoli 1905, 11 p.

gründung vernehmen lassen. Dagegen hatte die ausländische, insbesondere die französische Judikatur die Frage längst in dem oben vertretenen Sinne entschieden.

Wie also der § 12 BGB. nicht neues Recht geschaffen hat, so hat auch der § 22 des Kunstschutzᴳ., der sich eigentlich als eine Novelle zum BGB. darstellt, nur die bisher in der Rechtslehre anerkannten Grundsätze über das Recht am eigenen Bilde als einer besonderen Art des Persönlichkeitsrechtes aufgenommen, das ungeschriebene Recht in formal gültiges Gesetzesrecht umgewandelt. Dies gilt sogar vom § 23 des Gesetzes, da sein wesentlicher Inhalt bisher schon überwiegend von der Theorie anerkannt war (Keyßner, Gareis, Cohn, Prager). Eine Frage indes, die schon nach bisherigem Rechte nicht zweifelsfrei, auch nicht genügend erörtert war, wird auch nach künftigem Rechte bestritten sein. Meistens wurde nur der Fall der unbefugten Verbreitung und Zurschaustellung des Bildnisses behandelt, weit seltener der Fall der unbefugten Handlung des Abbildens. Offenbar betrifft auch der § 22 des erwähnten Gesetzes nur den Fall, daß die Abbildung mit Wissen und Willen des Abgebildeten geschehen ist, wie sie ja bei photographischen Aufnahmen, in der Regel wenigstens, sogar nur auf ausdrückliche Bestellung hin erfolgt.[1]) Es fragt sich also, ob eine solche Abbildung, die „heimlich", d. h. ohne Wissen und Willen des Abgebildeten erfolgt, (Schnellmaler!-Kodak!) schlechthin eine Verletzung des Persönlichkeitsrechtes begründet oder nur unter gewissen bestimmten Voraussetzungen, insbesondere nur dann, wenn sie in ehrverletzender Art oder Form geschieht. Man wird die Frage bejahen oder verneinen müssen, je nachdem man ein berechtigtes Interesse des Abgebildeten daran bejaht oder verneint, daß Eigentum oder Besitz eines anderen an dem Bildnis nicht besteht. Fertigt jemand z. B. heimlich die Photographie einer von ihm besonders hochgeschätzten Person in naturgetreuer und anständiger Form, nur um sich an deren Anblick zu erfreuen, bewahrt er sie vor den Blicken anderer, hütet er sie gleichsam, wie sein Geheimnis, dann wird man kaum sagen können, er begehe eine injuria gegen die abgebildete Person. Jedenfalls wird es am rechtlichen Interesse des Abgebildeten fehlen, daß dem Bildner der Besitz entzogen wird — ganz abgesehen davon, daß ein Anspruch auf Herausgabe wohl nicht zu begründen sein würde, da der Abgebildete nicht Eigentümer des Bildes geworden ist.[2]) Wäre aber das Bild

[1]) Dies ist die ausgesprochene Absicht des Gesetzgebers; siehe die Begründung zu den §§ 22, 23 des Gesetzentwurfs; Reichstags-Verhandlungen 11. Legislaturperiode II. Session 1905/06. 2. Anlagenband. S. 1540.

[2]) Nur vom Besteller des Bildes läßt sich sagen, daß er einen Anspruch auf Herausgabe des Abbildes hat, bei dem photographischen Bildnis auch in Ansehung des Negativbildes (Werkvertrag, Eigentumserwerb des Bestellers an dem fertigen Bildnis).

nur zu besonderen Zwecken nicht naturgetreu, sondern in entstellter Form (um eine Karikatur oder Nudität herzustellen), oder wenigstens nicht nach der gewöhnlichen äußeren Erscheinungsform, oder zwar wahrheitsgemäß und nach der regelmäßigen Erscheinung des Abgebildeten gefertigt, sollte aber vom Bildner dabei der Zweck verfolgt sein, den Anschein zu erwecken, als bestünden zwischen ihm und der abgebildeten Person besondere wenn auch nicht gerade moralwidrige Beziehungen, macht der Bildner dann wenn auch nur durch Vorzeigen im Freundeskreise vom Bildnis Gebrauch, so wird das rechtliche Interesse des Abgebildeten, durch Richterspruch feststellen zu lassen, daß die angedeuteten oder zu vermutenden Beziehungen nicht bestehen, gewiß nicht zu bestreiten sein. Die Klage könnte dann jedenfalls auf Unterlassung des weiteren Gebrauchs, wohl aber auch auf Herausgabe zum Zwecke der Vernichtung gestellt werden, da in diesem Falle die Restitutionspflicht (BGB. § 249) Platz greift.[1])

Hiernach behält die Frage, ob nach dem bisherigen Rechte eine ohne Erlaubnis des Abgebildeten erfolgte Abbildung, Verbreitung oder Zurschaustellung eines Bildnisses widerrechtlich ist, bezüglich aller solcher vor dem 1. Juli 1907 begangenen Handlungen — ganz abgesehen vom § 54 des Gesetzes — noch praktische Bedeutung.

Sollte nun mit der formal gesetzlichen Anerkennung des Persönlichkeitsrechtes nach zweien seiner Aeußerungen sein Anwendungsgebiet erschöpft, der Kreis der im deutschen bürgerlichen Rechte anzuerkennenden Persönlichkeitsrechte geschlossen sein? Mit nichten.

Eine besondere Bedeutung gewinnt das Persönlichkeitsrecht zunächst weiter in Ansehung des Rechtes an Briefen. Sehr häufig wird die Frage nur dahin gestellt, wem das Eigentum am Briefe zusteht. Diese Fragestellung ist verfehlt. Nur darum kann es sich handeln, wem die Verfügung in Ansehung des Inhalts des Briefes oder einer Sammlung von Briefen desselben Verfassers zukommt. Dies kann der Eigentümer des Briefes,[2]) es kann aber auch ein anderer sein, insbesondere der Inhaber eines Urheberrechts. Die Geltendmachung des Persönlichkeitsanspruchs gegenüber der Ver-

[1]) Die engere Auffassung vertreten v. Blume in der Zeitschrift „Das Recht" VII (1903) S. 113 ff. und die wenigen bekannt gewordenen die Frage berührenden Entscheidungen; siehe insbesondere noch Olshausen a. a. O. S. 506 ff.

[2]) Der frühere Streit darüber, ob der Adressat (Empfänger, Destinatär) unter allen Umständen Eigentümer des Briefes — ohne Unterscheidung nach seinem Inhalt — oder nur in Ansehung solcher Briefe wird, deren Inhalt sich nicht zum Gegenstand eines Urheberrechtes eignet, ein Streit, der namentlich auch in der französischen Rechtslehre lebhaft geführt wurde (Paris p. 77 50 f. in der noch anzuführenden Schrift), hat durch den § 2 des Literaturschutzᴳ. vom 19. Juni 1901 seine praktische Bedeutung verloren.

letzung eines Rechtes an Briefen fällt also fort, wenn der Brief dem Urheberrechte untersteht, der Brief als Schriftwerk im Sinne des Gesetzes vom 19. Juni 1901 zu erachten ist, weil er ein eigenartiges geistiges Erzeugnis seines Verfassers bildet. Ob er dies ist und seiner Zweckbestimmung nach sein soll, wird sich meistens aus dessen Inhalt ohne weiteres ergeben, falls nicht ohnehin der Wille des Verfassers erklärt oder aus den Umständen zu entnehmen ist. Man denke insbesondere an die Korrespondenz zwischen Gelehrten, Schriftstellern, Künstlern, Politikern über Gegenstände ihrer Wissenschaft, Kunst oder öffentliche Angelegenheiten. Der Brief kann aber auch gemischten, d. h. vertraulichen Inhalts sein und gleichzeitig von einem solchen, bezüglich dessen ein Urheberrecht möglich ist. Dies ist z. B. der Fall bei dem Briefwechsel zwischen befreundeten Staatsmännern, die ihre Familien- und sonstige intime Angelegenheiten behandeln, daneben aber auch hochpolitische Tagesfragen erörtern. Hier wird es darauf anzukommen haben, was vorwiegend der Inhalt der Briefe und der Zweck ihrer Verfasser war, ob diese insbesondere auch die spätere Veröffentlichung in den Kreis ihrer Erwägung gezogen haben. Handelt es sich dagegen um Briefe, deren Inhalt nur vertraulicher d. h. die Allgemeinheit nicht interessierender Natur ist und sein soll, wie es beim Briefwechsel zwischen Familienmitgliedern, Freunden und guten Bekannten regelmäßig der Fall ist, so verletzt der Adressat und Empfänger, sowie jeder andere, in dessen Besitz der Brief, wenn auch auf rechtmäßige Weise gelangt ist, dadurch, daß er den Inhalt des Briefes unbefugt veröffentlicht oder auch nur Dritten mitteilt, das Individualrecht des Verfassers an seiner Geheimsphäre, das eben nur ein Ausfluß des Persönlichkeitsrechtes ist, und löst dessen Anspruch auf Rechtsschutz aus. Was hier von Briefen gesagt ist, gilt selbstverständlich auch von anderen Schriftstücken, die ihrer Natur nach nicht für die Oeffentlichkeit bestimmt sind. Nicht zu billigen ist die Meinung,[1]) daß für den Adressaten und Empfänger eines Briefes vertraulichen Inhalts eine Pflicht zur Geheimhaltung nur bestehe, wenn diese mit dem Verfasser oder Absender ausdrücklich oder stillschweigend vereinbart war. Wer meine durch die Natur des Briefinhalts gerechtfertigte Erwartung der Geheimhaltung täuscht, wer mein Vertrauen durch Mitteilung an Dritte oder gar durch Veröffentlichung mißbraucht, der mißachtet eben mein Recht der Persönlichkeit und verletzt es durch diese Mißachtung.[2]) (Fortſ. folgt.)

[1]) Giesker, H., Das Recht der Privaten an der eigenen Geheimsphäre 1905 S. 16 ff., 140, 142.

[2]) Bezüglich der älteren Literatur des Rechtes an Briefen siehe Regelsberger a. a. O. § 50 Anm. 40 S. 199 und dazu noch Steinbach E., Ueber Eigentum an Briefen nach österr. Rechte 1879. Aus der neuen Literatur: Landau, BlfRA. 45. Erg.Bd. (1897) S. 97 ff.; Fuld in Gruchots Beiträgen z. Erl. d. D. R. Bd. 32 S. 97 ff., 192 ff.; Kohler, ArchfBR. 7, 93 ff.; Petschek dort 9, 81; Paris A., Le sécret des lettres; leur propriété, leur publication et leur production en droit 1903; Kohler, DJZ. (1906) S. 51 ff.; Burckas L., Eigentumsrecht, Urheberrecht und Persönlichkeitsrechte in Briefen (1906) insbes. S. 62. Nur den strafrechtlichen Schutz des Briefgeheimnisses behandelt Seréſche L., Die Verletzung fremder Geheimnisse 1905 S. 62 ff. Die französische Doktrin und Rechtsprechung sind sehr strenge in dem zivilrechtlichen Schutze des Briefgeheimnisses. Paris l. c. p. 129; Kohler a. a. O. S. 106.

Die Scheidung zwischen vorsätzlichem und unvorsätzlichem Verhalten.

Von **Dr. A. Köhler**, a. o. Professor in München.

(Fortsetzung statt Schluß.)

II. Die bisherigen Ausführungen sollten darlegen, daß die Vorstellungstheorie weder notwendig, noch besonders dazu geeignet ist, bei der Abgrenzung von dolosem und nicht vorsätzlichem Verhalten, das auch von der Willenstheorie gebilligte Ergebnis zu gewinnen und zu begründen. Dieses Ergebnis ist dahin zu bezeichnen, daß man auch etwas Unerwünschtes und etwas bloß für möglich Gehaltenes als zum Vorsatz (= zum Wollen des Erfolges) gehörig anzusehen hat.[1])

Bei Erörterung der Frage, wann ein Erfolg noch gewollt, wann m. a. W. der Erfolg noch vorsätzlich herbeigeführt wird, begegnen in der

[1]) Gegen diese Ansicht haben sich bekanntlich von neueren ausgesprochen insbesondere v. Bar, Ger. S. 56, 403 ff. ZStW. 18, 538; Stooß, ZStW. 15, 199 ff. — Bei Löffler Schuldformen des Strafrechts 1895 1, 7, der drei Schuldformen: Absicht, Wissentlichkeit und Fahrlässigkeit konstruiert, gehören sowohl die Fälle des dolus eventualis, wie auch die der sog. bewußten Fahrlässigkeit zu der Kategorie „Wissentlichkeit". Das Problem einer Artunterscheidung zwischen beiden besteht für ihn nicht. Seine Stellung zur lex lata gibt Löffler nicht genau an, vgl. a. a. O. S. 263. Auch Miřička a. a. O. S. 104 scheint beide Fälle als Wissentlichkeit zusammenfassen zu wollen, wenngleich auf Grund seiner Definition der unbewußten Schuld nur der dolus eventualis zur bewußten Schuld gezogen werden kann. Unbewußte Schuld liegt nach ihm (S. 105) nämlich nur vor, wenn der Täter sich den Erfolg überhaupt nicht vorgestellt hat oder wenn er den ihm vorschwebenden Erfolg als unmöglich abgelehnt hat. Verfehlt scheint es mir auch, mit Miřička (S. 165) die bewußte Gefährdung zur „bewußten Schuld" zu ziehen. Vgl. dagegen K. Lademann, Der dolus eventualis im deutschen StrR. 1899 S. 69. M. E. Mayer, Die schuldhafte Handlung und ihre Arten 1901 S. 156, weicht in der Absteckung der Grenzen ebenfalls ab von der herrschenden Auffassung, indem er alles darauf abstellt, ob die Vorstellung von dem Nebenerfolg den Täter motiviert hat oder ihm gleichgültig war (dolus) oder aber ob sie ihn abhaltend motiviert hat. Diese Grenzziehung ist abzulehnen, weil Vorsatz gegeben sein kann, auch wenn die Vorstellung abhaltend motiviert hat, nämlich falls sie nicht ausschlaggebend motiviert hat. Wenn die Vorstellung dem Täter gleichgültig war, so ist Vorsatz nur unter der Voraussetzung gegeben, daß die Vorstellung irgendwie den Willen beeinflußt hat. Vgl. gegen M. E. Mayer u. a. auch v. Hippel a. a. O. S. 128 ff.

Literatur eine Reihe von Wendungen, welche teilweise als synonym gelten wollen.

v. Liszt sagt:[1]) „Vorsatz ist bedingt gegeben, wenn der Täter den Erfolg nur für möglich hält, nämlich unter der Voraussetzung, daß der Täter den Eintritt des Erfolges nicht abgelehnt hat ... (eventueller Vorsatz). Erwartet der Täter, im Vertrauen auf seine Geschicklichkeit, auf sein Glück usw., daß der Erfolg nicht eintreten werde, so kann von Vorsatz keine Rede sein".

„Derselbe Gedanke läßt sich auch in den Satz kleiden: eventueller Vorsatz liegt bei Vorstellung des Erfolges als eines möglichen dann vor, wenn die Ueberzeugung von dem sicheren Eintritte des Erfolges den Täter von der Begehung der Handlung nicht abgehalten hätte".

Frank[2]) bemerkt: „Sagt sich der Täter: Mag es so oder anders sein, so oder anders werden, auf jeden Fall handle ich, so ist sein Verschulden ein vorsätzliches, oder anders ausgedrückt: Wenn der Täter auch bei bestimmter Kenntnis gehandelt hätte, so befand er sich in dolo" .... „Man bezeichnet diese psychische Beziehung häufig als Einwilligung, Billigung, Einverständnis".

Finger[3]) führt aus: „Hofft der Täter den Erfolg zu vermeiden, würde er, mit anderen Worten, die Handlung unterlassen, wenn er sie als Ursache des Erfolgs erkennen würde, dann ist der Erfolg als vorsätzlich auch dann nicht zuzurechnen, wenn dieses Urteil falsch ist".[4])

Nach H. Meyer-Allfeld[5]) liegt eventueller Vorsatz vor, „wenn der Täter zunächst nur den einen Erfolg will, eventuell (nämlich für den Fall seines Eintritts) aber auch einen als möglich aufgestellten anderen bzw. schwereren Erfolg mit in seinen Willen aufnimmt".

An anderer Stelle[6]) wird der dolus eventualis für vorhanden angenommen, wenn der Täter sich den Eintritt des Erfolgs „zwar nur als möglich vorstellt, sein Begehren nach dem bezweckten Erfolg aber so stark ist, daß er diesen auch für den Fall der Unvermeidlichkeit des als möglich gedachten Erfolges anstrebt".

Thomsen[7]) formuliert den Satz: „Das Kriterium des dolus eventualis läßt sich sehr passend ausdrücken durch den Zusatz (zu der betreffenden Handlung) „selbst auf die Gefahr hin". Kann der Richter diese Worte dem Täter in den Mund legen, dann muß er dolus eventualis annehmen".

Ferner: „Dolus eventualis liegt vor, wenn der Täter die Folge seiner Handlung nicht wollte, wohl aber als möglich voraussah und nach Ueberzeugung des Richters auch dann gehandelt haben würde, wenn er die Folge als eine sichere vorausgesehen haben würde".

[1]) Lehrb. 14./15. Aufl. S 172.
[2]) StGB. 5.—7. Aufl. § 59 III.
[3]) Lehrb. 1, 259.
[4]) Vgl. dazu bereits Köhler, KrVJSchr. 1906, S. 194.
[5]) Lehrb. 6. Aufl. S. 144.
[6]) A. a. O. S. 140.
[7]) Das deutsche Strafrecht, 1907, S. 123.

Bierling[1]) führt aus: „Ein Handeln auf die Gefahr hin, ob die für möglich oder wahrscheinlich gehaltene Folge eintreten werde oder nicht, schließt immer schon ein bedingtes Wollen dieser Folge in sich".

Ferner[2]): Einen gewissen Erfolg bedingt wollen heißt eben, ihn so wollen, daß er als gewiß oder notwendig gedacht, direkt gewollt sein würde".

v. Hippel[3]) faßt als letzte Gruppe von Fällen, in denen Vorsatz gegeben ist, zusammen die Fälle des „als bloß möglich vorgestellten, dem Täter an sich unerwünschten Erfolgs, sofern dem Täter der Eintritt dieses Erfolgs immerhin lieber war, als der Verzicht auf seine Interessen; praktisch ausgedrückt: sofern der Täter auch bei Annahme sicherer Verbindung dieses Erfolgs mit dem erstrebten ceteris paribus ebenso gehandelt hätte."

Von den ca. 50 Urteilen des Reichsgerichts über dolus eventualis[4]) enthalten nur zwei diese doppelte Formulierung der Grenze des dolus eventualis, nämlich RGE. 22, 65, wo S. 85 passim erwähnt wird, es komme allein darauf an, ob der Täter den Inhalt (eines Artikels) „gebilligt" und seine Veröffentlichung „mit in seinen Willen aufgenommen hat". Der eventuelle Vorsatz werde „daher" nur ausgeschlossen, wenn der Richter die volle Ueberzeugung habe, die Veröffentlichung sei gegen den Willen des Täters erfolgt, er würde bei „Verständnis des Inhalts die Veröffentlichung unterlassen haben".

Das andere Urteil enthält RGE. 33, 4. Hier heißt es: „In der Billigung des Erfolgs als einer zu der Voraussicht von dem möglichen Eintritt desselben hinzutretenden selbständigen inneren Tatsache liegt das wesentlichste Merkmal des eventuellen Vorsatzes (a. a. O. S. 6)". Ferner S. 5: „Der Erfolg einer Handlung, auf den der Wille des Täters nicht direkt gerichtet ist, der aber vom Täter als möglich erkannt war, ist ihm als vorsätzlich verursacht anzurechnen, wenn er die Tat auch für den Fall gewollt hat, daß sie diesen Erfolg haben würde (wenn er den Erfolg im Voraus gebilligt, in seinen Willen aufgenommen hat)".

Es fragt sich angesichts dieser doppelten Definitionen, ob die scheinbare Synonymität auch wirklich besteht. Bereits wiederholt ist sie in

[1]) Juristische Prinzipienlehre Bd. 3 (1906) S. 122.
[2]) A. a. O. S. 114.
[3]) Die Grenze von Vorsatz und Fahrlässigkeit S. 140.
[4]) Zusammengestellt u. a. bei v. Hippel a. a. O. S. 156.



Zweifel gezogen worden.[1]) Sehen wir genau zu, so ergibt sich, daß die scheinbare Uebereinstimmung in Wirklichkeit nicht vorhanden ist.

Angenommen, ein Schütze kann ziemlich genau berechnen, daß er in 60 unter 100 Fällen, also mit 60 % Wahrscheinlichkeit nicht nur einen seltenen Vogel, sondern auch einen im Hintergrunde stehenden Mann durch seinen Schuß treffen werde. Da kann es sein, daß er sich vorhält: Mehr wie 60% Wahrscheinlichkeit riskiere ich nicht. Wüßte ich bestimmt, daß ich auch den Mann treffe, so würde ich nicht schießen. Ein solcher Schütze hat nach der Formulierung, welche dolus (eventualis) annimmt, falls die Möglichkeit des Erfolgs für den konkreten Fall gebilligt (= bewußt in Kauf genommen, riskiert) wurde, wenn „bewußt auf die Gefahr hin" gehandelt wurde, zweifellos Vorsatz, wenn er mit dieser psychischen Erwägung abschießt. Anders ist dagegen zu entscheiden nach der Formel, welche ihm Vorsatz nur zur Last legt, wenn ihn auch die Ueberzeugung von dem sicheren Eintritt des Erfolgs ceteris paribus von der Begehung der Handlung nicht abgehalten hätte.

Da es auf den Grad der Wahrscheinlichkeit des für möglich gehaltenen Erfolgs nicht ankommt,[2]) läßt sich das Beispiel noch weiter verschärfen: Jemand, der einen ihm vielleicht unerfreulichen Erfolg bewußt riskiert, weil er nur 10 % Wahrscheinlichkeit für seinen Eintritt vermutet,[3]) handelt nach der zweiten Formel nicht dolos, wenn er noch bei Voraussicht von 90 % Wahrscheinlichkeit ebenso handeln würde. Vorsatz wäre nur anzunehmen, wenn er auch bei 100 % Wahrscheinlichkeit (also bei angenommener Gewißheit) handeln würde. Dagegen nach der ersten Formel, bei der es darauf ankommt, ob er in den Erfolg eingewilligt (= ihn gebilligt, ihn in seinen Willen aufgenommen) hat, ob ihm der Erfolg immerhin lieber war als der Verzicht auf seine Interessen, ob der Täter bewußt die Folge riskiert hat, liegt dolus vor.

Führt sonach theoretisch und praktisch die erste und die zweite der Begriffsbestimmungen des dolus eventualis zu verschiedenen Ergebnissen, so erhebt sich die weitere Frage, welche der beiden Formulierungen einen falschen Weg betreten hat. Es dürfte jetzt kaum noch ein Zweifel darüber obwalten, daß die zweite Formulierung als unhaltbar zu verwerfen ist.

Es ist vor allem denkbar, daß ein Beschuldigter mit bestem Wissen keinen Aufschluß darüber geben kann, wie er bei anders gearteter Voraussicht sich verhalten haben würde, weil er vielleicht jene hypothetische Frage sich niemals vorgelegt hat. Anders ausgedrückt: Nicht nur unsere menschlichen Werkzeuge sind in vielen Fällen ungenügend, um auch nur mit annähernder Sicherheit oder Wahrscheinlichkeit zu erkennen, wie eine psychische Kausalität bei einer anderen Konstellation der im Gehirn wirksamen Faktoren verlaufen wäre, sondern man überschreitet überhaupt die Welt der Erscheinungen, in der es unmöglich ist, eine objektive Sicherheit darüber zu erlangen, wie sich unter anderen nicht in die Wirklichkeit getretenen, psychischen Voraussetzungen das Ineinanderwirken der psychischen Kräfte bei einem geistig Gesunden abspielen mußte.[1])

Nehmen wir aber einmal an, jenes mit Hypothesen arbeitende Kriterium ließe uns nicht im Stich, wir könnten also in den vielen, vielen 1000 Fällen, wo aus dem Vorleben nur ganz schwache Anhaltspunkte vorliegen, wie sich wohl eine Psyche bei anderer Voraussicht gegenüber irgend einem Motivenkomplex verhalten hätte, wenigstens so viel subjektive Sicherheit erlangen, um eine gewissenhafte richterliche Ueberzeugung hinsichtlich jenes hypothetischen Verhaltens des Beschuldigten zu bilden, dann entspricht es doch in keiner Weise dem StGB. (insbesondere dem § 59 StGB.), jemanden zu beurteilen nicht nach dem psychischen Verhalten zu einem rechtswidrigen Erfolg, das er wirklich eingenommen **hat**, sondern nach einem Verhalten, das er eingenommen **hätte**, wenn ihm dieser nicht als bloß möglich sondern als sicher erschienen wäre. Das geht noch über die Bestrafung einer nuda cogitatio hinaus.

Es ist endlich sehr bedenklich, bloß deswegen den Vorsatz zu verneinen, weil jemand nicht mehr als einen bestimmten Grad von Wahrscheinlichkeit riskieren wollte, z. B. jemand berechnet sich 50—60 % möglicher Wahrscheinlichkeit eines rechtswidrigen Nebenerfolges seiner Handlung und denkt sich: So viel Wahrscheinlichkeit will ich noch riskieren, bei einer noch größeren Wahrscheinlichkeit des Nebenerfolges würde ich auf die Handlung verzichten. Es besteht kein Grund, hohe (oder geringe) Wahrscheinlichkeiten, welche vom Täter bewußt mit in Kauf genommen wurden, um deswillen nicht zum Vorsatz zuzurechnen, weil entweder noch höhere Wahrscheinlichkeiten oder doch die Gewißheit nicht mehr riskiert worden wäre. (Schluß folgt.)

[1]) Allerdings mit anderer Begründung. Vgl. insbesondere Thyrén, Abhandlungen aus dem Strafrecht Bd. 2 (1896) S. 88; Miřička a. a. O. S. 31 und dagegen zugunsten der Formel v. Hippel a. a. O. S. 113.

[2]) Vgl. z. B. v. Liszt, Aufsätze 2, 275 (Bei Besprechung eines kammergerichtlichen Urteils, welches diesen Satz ausdrücklich verficht, wird von ihm bemerkt, es kämpfe gegen Windmühlen); Loening, Grdr. (1885) S. 37; ferner v. Hippel S. 80. AM.: Kohler, Studien aus dem Strafrecht 1, 71.

[3]) Man kann hier mit einigen Modifikationen das von Lammasch, Grundr. des (österr.) Strafrechts 2. Aufl. § 9 II S. 23 benützte Beispiel von dem Eigentümer eines nicht mehr seetüchtigen Schiffes gut verwerten, welcher etwa das Schiff noch einmal ausfahren läßt und um den Frachtlohn zu gewinnen eine mäßige Wahrscheinlichkeit seines Untergangs mit Mann und Maus riskiert.

[1]) Gl. M. im Ergebnis: Miřička S. 32; vgl. auch Köhler, KrVJSchr. 1906 S. 195.



Mitteilungen aus der Praxis.

Der Anwaltszwang beim Antrag auf Festsetzung des Streitwerts nach § 16 GKG. Zu der Abhandlung des Herrn Oberlandesgerichtsrats Schäfer in Nr. 12 dieses Jahrgangs der Zeitschrift seien mir folgende Bemerkungen gestattet.

Das Recht zur „Erinnerung" des § 4 GKG. ist nur dem Zahlungspflichtigen (und der Staatskasse) gegeben; es erstreckt sich nur auf den Ansatz von Gebühren und Auslagen der Gerichte (§ 1). Eine Partei kann niemals die Bemängelung der Kostenrechnung ihres Anwalts im Wege der Erinnerung nach § 4 vorbringen (Abhandlung Ziff. III 1). Hält sie den der Gebührenberechnung des Anwalts zugrunde gelegten Wert für zu hoch gegriffen, so bleibt ihr nur der Weg des „Antrags" auf Wertsfestsetzung im Sinne des § 16.

Es kann auch ein Beklagter schon im Anfangsstadium des Prozesses ein Interesse an der gerichtlichen Festsetzung des Werts des Streitgegenstandes haben (etwa um sich über den Umfang der im Falle seines Unterliegens ihn treffenden Kostenlast zu vergewissern). Er ist zur Herbeiführung einer solchen Festsetzung auch berechtigt, nachdem er siegreich aus dem Rechtsstreit hervorgegangen ist. Auch in diesen Fällen versagt der Behelf des § 4, da für den Beklagten noch keine oder überhaupt keine Zahlungspflicht für gerichtliche Gebühren besteht; ihm bleibt nur der Weg, einen förmlichen „Antrag" auf Wertsfestsetzung zu stellen und er kann dies nur unter Berufung auf § 16.

Es ist daher nicht zutreffend, wenn in Ziff. II 1 Abs. 7 der Abhandlung ausgeführt ist: die Ausdrücke „Erinnerung" in § 4 und „Antrag" in § 16 stimmten derart inhaltlich überein, daß der Schluß gerechtfertigt sei, es bestehe kein rechtlicher Unterschied zwischen ihnen. Es besteht vielmehr ein sehr wesentlicher Unterschied zwischen § 4 und § 16. Ersterer bezieht sich nur auf den Zahlungspflichtigen, letzterer gilt für beide Parteien und schafft einen besonderen, von der „Erinnerung" des § 4 abweichenden und anderen Zielen dienenden Rechtsbehelf. Es kann dementsprechend auch keine Rede davon sein, daß der „Antrag" in jedem Falle als Erinnerung nach § 4 anzusehen und zu behandeln sei.

Hat aber der § 16 ein besonderes Antragsrecht der Parteien geschaffen, so ist es auch an sich nicht auffällig, wenn hierfür eine besondere Form vorgesehen ist.

Rechnungsrat Rittmann in Straßburg i. E.

Sachschadenhaftung nach Art. 58 AG. z. BGB. vom 9. Juni 1899. Die Bestimmung des Art. 58 AG. z. BGB. soll nach dem in der Begründung zum Entwurfe (Art. 51 des Gesetzes) enthaltenen Hinweise eine Erweiterung der Haftpflicht des Eisenbahnunternehmers bilden, wie auch deren Wortlaut zeigt, „so ist der Unternehmer auch für den Schaden verantwortlich, der . . ." Die Materialien geben wenig Aufschluß für die Würdigung der nachstehenden bei der Anwendung des Art. 58 in der Praxis sich ergebenden Schwierigkeiten, weshalb die Heranziehung der Grundsätze des Haftpflichtgesetzes und des BGB. notwendig ist. Was zunächst den Umfang der Schadensersatzpflicht aus Art. 58 anlangt, so wird aus der Fassung „Schaden an der fremden Sache" zu folgern sein, daß die Ersatzpflicht des Unternehmers aus Art. 58 sich auf den unmittelbaren Schaden des Eigentümers der Sache beschränkt, welchen er durch die notwendige Wiederherstellung oder Neuanschaffung der beschädigten oder zerstörten Sache erleidet (§ 249 ff. BGB.), dagegen nicht auch den weiteren mittelbaren Schaden des Sacheigentümers umfaßt, welcher ihm durch den Unfall etwa infolge Verdienstentganges oder durch die Zahlung einer Leihgebühr für eine entsprechende Ersatzsache während der Zeit der Ausbesserung der beschädigten oder bis zur Neuanschaffung der zerstörten Sache zugefügt wird. Im Gegensatze hierzu umfaßt die Haftpflicht des Unternehmers nach dem Haftpflichtgesetze (§§ 3, 3a) auch den mittelbaren Schaden des Verletzten (Erwerbs-Unfähigkeit oder Erwerbs-Beschränktheit, besonderer Aufwand für die Lebensbedürfnisse).

Bei der dem § 1 HaftpflG. entsprechenden Fassung des Art. 58 und seiner dem Haftpflichtgesetze sich anschließenden Zweckbestimmung wird ohne Bedenken anzunehmen sein, daß auf Grund der feststehenden Rechtsprechung des Reichsgerichts für das Gebiet des Haftpflichtgesetzes auch gegenüber Art. 58 die Grundsätze des § 254 BGB. zur Anwendung zu bringen sind, sodaß nunmehr die Schadensersatzpflicht des Unternehmers auch hier nicht nur durch die alleinige Verursachung des Schadens durch den Inhaber der Sache ausgeschlossen wird, sondern bei einer Mitverursachung des Schadens durch den letzteren auch teilweise bejaht, teilweise verneint werden kann.

Auch die Zulassung des § 831 BGB. und des in ihm vorgesehenen Entlastungsbeweises für den Eisenbahnunternehmer kann in den Fällen des Art. 58 wohl nicht zweifelhaft sein. Dagegen bietet die Frage Schwierigkeiten, wer als Inhaber der Sache im Sinne des Art. 58 zu erachten ist. Wie § 1 des Haftpflichtgesetzes die Haftpflicht des Unternehmers bei schuldhafter Verursachung des Schadens seitens des Verletzten oder Getöteten ausschließt, tut dies Art. 58 bei einem Verschulden des Inhabers der Sache. Ist der Schadensersatzberechtigte (Eigentümer, Entleiher der Sache) selbst der den Schaden Verursachende oder Mitverursachende, so bietet die Bestimmung des Inhabers der Sache in Art. 58 an Stelle des Verletzten oder Getöteten des § 1 des Haftpflichtgesetzes keine Schwierigkeiten; denn dann ist der den Schaden Verursachende oder Mitverursachende auch der vom Unfall Betroffene (JustGes.-Ausschuß, Prot. 9 S. 139).

Inhaber der Sache im Sinne des Art. 58 ist aber nicht deren Eigentümer, Entleiher, nicht der Schadensersatzberechtigte als solcher, sondern diejenige Person, welche bei der Beschädigung oder Zerstörung der Sache die tatsächliche Herrschaft über sie gehabt hat ohne Rücksicht auf ihr rechtliches Verhältnis zu der Sache (Eigentum, Besitz, Gewahrsam). Die Verursachung des Schadens kann doch zunächst nur durch eine bei dem Unfalle selbst mittätig gewordene Person erfolgen. Ebenso wie im Bereiche des Haftpflichtgesetzes die Ersatzpflicht des Unternehmers nur durch das Verschulden des Verletzten selbst ausgeschlossen wird, muß in den Fällen des Art. 58 hierfür das Verschulden des den Unfall tatsächlich Herbeiführenden oder Mitherbeiführenden als maßgebend erachtet werden. Die gegenteilige Annahme würde dazu führen, daß eine die

Haftung des Unternehmers ausschließende schuldhafte Verursachung des Schadens in allen den Fällen überhaupt ausgeschlossen wäre, in welchen diese nicht von dem Eigentümer der Sache, dem Schadensersatzberechtigten, selbst herbeigeführt wird, z. B. in den häufigen Fällen, in welchen der Lenker des Lastfuhrwerkes den Zusammenstoß mit der Trambahn mitverschuldet, ohne daß hiervon der Eigentümer auch nur Kenntnis hat.

Der Eigentümer der Sache würde in diesen Fällen für die schuldhafte Verursachung des Schadens durch den Dritten (Kutscher) nicht haften, da ein Vertragsverhältnis zwischen ihm und dem Eisenbahnunternehmer nicht vorliegt und die Haftung aus § 278 — auch im Falle des § 254 Abs. 1 — das Vorhandensein eines Vertragsverhältnisses voraussetzt (RGE. Bd. 62 S. 346, Bd. 55 S. 316). Anderseits ist für diese Fälle auch die Anwendung des § 831 BGB. auf Seite des Eigentümers der Sache ausgeschlossen, weil hier der „Andere" im Sinne des § 831 l. c., der Kutscher, überhaupt einem **Dritten** einen Schaden nicht zufügt. Die Herbeiführung oder Mitverursachung des Schadens an der Sache des Eigentümers ist keine Beschädigung eines „Dritten".

Dieses Ergebnis widerspricht dem Endziele des Art. 58 und müßte zu einer vom Gesetze wohl nicht gewollten verschiedenartigen Entscheidung führen, je nachdem die Verursachung oder Mitverursachung des Schadens von dem Schadensersatzberechtigten oder einem anderen herbeigeführt worden ist.[1])

Landgerichtsrat **Vogel** in München.

Zur Zivilprozeßreform (§ 88 ZPO.). Aus Anlaß der in Aussicht stehenden Reform unserer Zivilprozeßordnung ist der günstige Zeitpunkt gegeben für die Abänderung solcher Bestimmungen dieses Gesetzes, welche sich in der Praxis nicht bewährt haben. Zu diesen gehört § 88 Abs. 2 ZPO., wonach das Gericht den Mangel der Vollmacht von Amts wegen zu berücksichtigen hat, insoweit nicht eine Vertretung durch Anwälte geboten ist. Diese Pflicht zur Berücksichtigung des Mangels der Vollmacht bringt — abgesehen von der erwähnten Ausnahme — eine Pflicht des Gerichtes zur Prüfung des Vollmachtspunktes in jedem einzelnen Falle mit sich. Man kann nun einer solchen Vorschrift insoweit die Berechtigung nicht absprechen, als eine Vertretung der Partei durch andere Personen als durch Anwälte stattfindet. Bei dem weitgehenden Vertretungsrechte, mit welchem der Prozeßbevollmächtigte durch § 81 ZPO. ausgestattet wurde, ist die mit dem Auftreten einer nichtlegitimierten Person verbundene Gefahr in der Tat bedeutend. Es ist zu besorgen, daß unbefugte Personen, falls sie eine Prüfung der Vollmacht durch das Gericht nicht zu gewärtigen haben, sich Vertreterrechte anmaßen. Ungerechtfertigt und unpraktisch ist jedoch die Vorschrift insoweit, als eine Vertretung durch Rechtsanwälte vorliegt. § 88 ZPO. führt zu der merkwürdigen Folge, daß der Anwalt bei einem Rechtsstreite um 3 Mk. seine Legitimation durch Vorlegung einer schriftlichen Vollmacht nachweisen muß, daß er dagegen einen Prozeß über Millionen führen kann, ohne daß das Gericht nach seiner Legitimation zur Vertretung fragt. In der Begründung zum Entwurfe des Gesetzes (Hahn, Materialien II 1 S. 193 ff.) wurde dieses widersinnige Ergebnis durch die Erwägung gerechtfertigt, daß die besondere Prüfung der Vollmacht in andern als Anwaltsprozessen das allein zureichende und gleichzeitig kürzeste Mittel bildet, um mit Sicherheit zwecklose Verhandlungen mit einer in Wirklichkeit nicht legitimierten Person auszuschließen. „Anders gestaltet sich das Verhältnis, insoweit eine Vertretung durch Anwälte geboten ist; die Anwälte sind nicht nur befähigt, ihre Vollmacht gegenseitig zu prüfen, sondern ihre Stellung gewährt auch die Garantie, daß sie diese Prüfung ordnungsmäßig vornehmen werden. Mit Rücksicht darauf erscheint es statthaft, im Anwaltsprozesse die Prüfung des Vollmachtspunktes von Amts wegen fehlen zu lassen und dieselbe den Parteien zu überweisen".

Bei der Beratung des Gesetzes in der Reichstagskommission beantragte Abg. Dr. Bähr, im § 82 (jetzt § 88) die Worte, „soweit eine Vertretung durch Anwälte geboten ist", zu streichen (Hahn, Materialien II 1 S. 549). Dieser Antrag wurde indes abgelehnt. Ebenso fand Ablehnung ein Antrag des Abg. Pfafferott, dem § 82 folgende Fassung zu geben: „Das Gericht kann den Mangel der Vollmacht von Amts wegen berücksichtigen, insoweit eine Vertretung durch Anwälte nicht geboten ist". Der letztere Antrag geht in der Tat sehr weit, da er in der Praxis vermutlich dahin führen würde, daß das Gericht auch bei Vertretung durch nichtanwaltschaftliche Personen von einer Legitimationsprüfung Umgang nehmen würde, sofern nicht ein besonderer Anlaß hierzu gegeben wäre. Dagegen möchten wir folgende Fassung des § 88 ZPO. vorschlagen:

Abs. 2: „Das Gericht hat den Mangel der Vollmacht von Amts wegen zu berücksichtigen, wenn nicht eine Vertretung durch Anwälte vorliegt".

In § 89 ZPO. wären an Stelle des zweiten Wortes „jemand" die Worte „eine andere Person als ein Anwalt" zu setzen.

Bei dem jetzigen Rechtszustand hat das Gericht in jedem Termine vor dem Eintritt in die eigentliche Verhandlung den Vollmachtspunkt zu prüfen. Das geschieht, indem der Richter entweder die bereits bei den Gerichtsakten befindliche Vollmacht prüft, oder indem der Prozeßbevollmächtigte seine Vollmacht übergibt und dann der Richter die Prüfung vornimmt. In ersterem Falle kann wenigstens die Untersuchung schon gelegentlich des Aktenstudiums erfolgen; in letzterem, weitaus häufigeren Falle bedeutet aber die Vollmachtsprüfung stets eine Verzögerung der eigentlichen Verhandlung. Zunächst muß sich der Richter vergewissern, ob sich die Vollmacht nicht schon bei den Gerichtsakten befindet; wenn nicht, so hat er die Prozeßbevollmächtigten zur Vorlegung der Vollmacht aufzufordern; oft hat der Anwalt eine solche nicht zur Hand, da er der Meinung war, sie schon übergeben zu haben, oder weil die Partei die Vollmacht nicht rechtzeitig eingesandt hat. Dann hat das Gericht den einem Anwalt wohl kaum je verweigerten Beschluß nach § 89 ZPO. zu erlassen. Die Prüfung der Vollmachtsurkunde selbst ist dann umständlich, wenn die Unterzeichnung der Vollmacht nicht von der Partei selbst, sondern von deren gesetzlichen Vertreter oder einem Prokuristen usw. erfolgt ist. In diesem Falle muß auch noch die Bestallung, der Handels-

[1]) **Anm. des Herausgebers.** Bei der praktischen Wichtigkeit der hier angeregten bisher noch wenig erörterten Fragen wäre eine Aeußerung aus dem Leserkreis erwünscht.

registerauszug, die notarielle Vollmacht usw. untersucht werden. Alle diese Formalitäten bedeuten für eine mit vielen Terminen besetzte Sitzung einen recht beträchtlichen Zeitaufwand; die Sachbehandlung selbst wird dadurch natürlich nicht im Geringsten gefördert.

Viele Richter dringen darauf, daß das Ergebnis der Vollmachtsprüfung in jedem einzelnen Falle im Sitzungsprotokoll festgestellt wird durch Konstatierungen, wie: „laut übergebener Vollmacht" oder „welcher Vollmacht der Klagspartei übergibt". Auch dieses Schreibwerk ist selbstverständlich der Sache selbst in keiner Weise dienlich.

Für die Anwälte ist die Notwendigkeit, in jeder Bagatellsache eine Vollmacht zum Termine beizubringen, ebenfalls eine beträchtliche Belästigung. Zumeist wird den Anwälten von den Parteien die Vollmacht regelmäßig in demjenigen Schreiben erteilt, welches auch die Information für den Prozeß enthält. Da nun der Anwalt letzterer nicht entraten will und kann, so muß er bei schriftlicher Mandatserteilung immer noch eine besondere Vollmacht der Partei erholen. Trifft diese nicht mehr rechtzeitig zum Termine ein, so kann unter keinen Umständen sofort Urteil erwirkt werden (§ 98 Abs. 1 Satz 2 ZPO.). Damit ist unter Umständen eine für die Interessen der Partei höchst bedenkliche Verzögerung der Erledigung veranlaßt.

Besonders lästig wirkt aber die Vorschrift des § 88 ZPO. in den Fällen des § 78 Abs. 2 ZPO., namentlich dann, wenn es sich im Verfahren vor dem Kollegialgerichte um einen Akt handelt, welcher vor dem Gerichtsschreiber vorgenommen werden kann. (Gaupp-Stein, ZPO. § 88 II, Neubauer, Zschr. f. d. deutsch. Zivilprozeß Bd. 21 S. 57 ff.) Auch Gaupp-Stein weist a. a. O. auf die Unzuträglichkeiten hin, die sich in diesen Fällen aus der Vorschrift des § 88 ZPO. ergeben.

Die Frage, ob alle diese Umständlichkeiten durch die Vorteile der Prüfung von Amts wegen aufgewogen werden, ist zu verneinen. Durch die Vollmachtsprüfung soll verhindert werden, daß sich ein Anwalt widerrechtlich die Vertretung einer Partei anmaßt. Nun darf doch wohl der deutsche Anwaltsstand für sich das Zeugnis beanspruchen, daß eine derartige Handlungsweise — vorsätzlich oder fahrlässig — nur in sehr seltenen Ausnahmefällen vorkommen wird. Gegen denjenigen pflichtvergessenen Anwalt, der sich bewußt ohne Vollmacht als Vertreter aufspielt, wird schließlich auch das Erfordernis einer Vollmacht nicht genügenden Schutz bilden. Er braucht durchaus nicht zu einer Fälschung der Vollmacht greifen; meistens pflegen ja die Anwälte, auch wenn es sich nicht um einen Auftrag zur Prozeßführung handelt, sofort bei Uebernahme eines Mandates ein gedrucktes Vollmachtsformular unterzeichnen zu lassen, bei regelmäßigen Klienten ist sogar die Unterzeichnung mehrerer Vollmachtsformulare in blanko üblich. Bei vorsätzlicher und bei fahrlässiger Vollmachtsanmaßung bieten §§ 179, 180 BGB., welche hier wohl entsprechend anzuwenden sind, oder deren Anwendung ausdrücklich im Gesetze ausgesprochen werden könnte, der Gegenpartei des falsus procurator genügenden Schutz.

Die Begründung zur ZPO. (Hahn, Materialien III 1 S. 193 ff. weist darauf hin, daß nach der französischen und bayerischen Prozeßordnung der für eine Partei auftretende Anwalt keines besonderen Nachweises der Vollmacht gegenüber dem Gerichte bedürfe, sondern durch die Erklärung sich legitimiere, daß er bevollmächtigt sei. Dieses System sei aber nur unter der Voraussetzung durchführbar, daß für die Vornahme bestimmter Prozeßhandlungen besondere Vollmachten verlangt werden und daß die Nichtigkeitsklage wegen Mangels der Vollmacht nach der bayerischen Prozeßordnung (Art. 95—99) gegeben werde. Nun enthält aber unsere ZPO. bereits solche Sondervorschriften über die Prüfung der Vollmacht von Amts wegen in §§ 613, 640, 641. Es ist nicht einzusehen, weshalb nicht solche Sonderbestimmungen für jene weiteren Fälle geschaffen werden können, in welchen etwa eine Prüfung von Amts wegen besonders wünschenswert ist. Die Nichtigkeitsklage ist aber auch durch § 579 Ziff. 4 ZPO. der durch einen falsus procurator vertretenen Partei für das geltende Gesetz eingeräumt, so daß der vertretenen Partei aus einer Vollmachtsanmaßung kein Rechtsnachteil entstehen kann. Das Argument, aus dem die Motive zur ZPO. die Prüfung von Amts wegen im Anwaltsprozesse für überflüssig erklären, trifft auch für den amtsgerichtlichen Prozeß sehr oft zu. Auch bei amtsgerichtlichen Prozessen pflegt die Gegenpartei einer durch einen Anwalt vertretenen Partei zumeist ihrerseits einen Anwalt zuzuziehen, um dem Gegner prozessual gewachsen zu sein. Aber auch wo dies nicht zutrifft, kann der Partei, welcher doch noch viel gefährlichere prozessuale Angriffs- und Verteidigungsmittel in die Hand gegeben sind, ruhig die Prüfung des Vollmachtspunktes überlassen werden. Sie kennt oft die Verhältnisse des Gegners viel besser, als ein etwa zugezogener Anwalt und ist deshalb auch eher in der Lage, der Frage der Bevollmächtigung auf den Grund zu gehen. Bei irgendwelchen Zweifeln bedarf es ja nur einer Rüge des Vollmachtspunktes, um seine Prüfung durch das Gericht herbeizuführen. Schließlich: Auch bei unserem Anwaltsprozeß fehlt es in Versäumnissachen an einem Gegenanwalt, welcher die Legitimationsprüfung vornehmen könnte. Insofern ist unser Gesetz, selbst wenn man die in den Motiven für die abweichende Behandlung des Anwaltsprozesses angegebenen Gründe gelten ließe, zweifellos nicht folgerichtig! Ein Bedürfnis nach einer Prüfung der Vollmacht von Amts wegen im landgerichtlichen Versäumnisverfahren ist unseres Wissens nie zu Tage getreten.

Rechtsanwalt Dr. Orthal in Nürnberg.

Aus der Praxis der Gerichte.

Reichsgericht.

A. Zivilsachen.

I.

Liegt ein Betriebsunfall im Sinne des Haftpflichtgesetzes vor, wenn die äußere Gestalt eines Betriebsmittels (z. B. einer Lokomotive) Tiere scheu macht? Der Bauer W. fuhr mit seinem Fuhrwerk auf der Kreisstraße A. Z. Parallel mit ihr läuft die von der beklagten Gesellschaft betriebene Transportbahn. Als W. an der Stelle, wo auf einer Eisenbahnbrücke die Staatsbahn die Straße überschreitet, unter der Durchfahrt der Brücke angelangt war, scheuten seine Pferde; sie gingen mit dem Wagen in den Graben und so fiel



W. herab. Die Frage, ob ein Betriebsunfall im Sinne des Haftpflichtgesetzes vorliege, wurde vom Reichsgerichte verneint.

Aus den Gründen: Der Transportzug der Beklagten hat sich allerdings zur Zeit des Unfalles im Betriebe befunden. Die Pause, während deren er seine Fahrt unterbrach, bedeutete nicht etwa einen Zustand der völligen Betriebsruhe, diente vielmehr nur dazu, durch das Sammeln von Dampf die Fortsetzung der Fahrt unmittelbar vorzubereiten. Allein mit Recht geht das Berufungsgericht davon aus, daß zu einem Betriebsunfall im Sinne von § 1 des RHaftpflG. nicht nur ein äußerer, d. h. zeitlicher und örtlicher Zusammenhang des Unfalles mit einem Betriebsvorgang der Eisenbahn, sondern auch ein innerer ursächlicher Zusammenhang zwischen beiden gehöre. Dieser ursächliche Zusammenhang muß zwar, soweit es sich um den Betrieb im engeren Sinne, die eigentliche Beförderungstätigkeit der Eisenbahn handelt, nicht im Einzelfall noch besonders nachgewiesen werden, allein, wenn der konkrete Hergang ihn von vornherein als ausgeschlossen erscheinen läßt, so kann auch beim Vorliegen eines äußeren Zusammenhangs des Unfalles mit der Beförderungstätigkeit der Eisenbahn die Haftung des Unternehmers nach § 1 des RHaftpflG. nicht begründet sein. Die Folgerung des Berufungsgerichts nun, daß im gegenwärtigen Falle um deswillen, weil der Betrieb gar nicht in die äußere Erscheinung trat, auch kein Betriebsvorgang die Ursache für das Scheuen der Pferde sein könne, ist nicht irrig. Was hier in der Außenwelt zur Erscheinung gekommen ist und schädigend gewirkt hat, ist nur die äußere Form eines Betriebsmittels der Eisenbahn, der leblose, im gegebenen Zeitpunkt unbewegte Gegenstand für sich. Dieser Gegenstand hatte durch die Einwirkung auf den Gesichtssinn der Pferde vermöge seiner für diese ungewohnten Gestalt die Tiere erschreckt und scheu gemacht, ohne daß hierbei die Betriebstätigkeit der Bahn eine Rolle gespielt hat. Denn der Umstand, daß die Lokomotive durch die Ausführung des Bahnbetriebes in die Nähe der Unfallstelle gelangt war, kann hier nicht entscheidend in Betracht kommen. Der Betrieb hat insofern nicht anders gewirkt, als es ein gleiches Vorkommnis beim Nichtbetriebe, etwa während einer Betriebsruhe getan hätte. In einem derartigen Falle, wenn also der Zustand, der für den kausalen Verlauf in Frage kommt, genau derselbe war, wie wenn kein Betrieb stattgefunden hätte, ist, soweit es sich um dritte außerhalb des Bahnbetriebes stehende Personen handelt, ein innerer ursächlicher Zusammenhang des schädigenden Ereignisses mit dem Eisenbahnbetriebe nicht gegeben. (Urt. des VI. ZS. vom 13. Mai 1907).

972 ———n.

II.

1. Umfang der Haftung eines Fuhrwerksbesitzers, der aus Gefälligkeit einen anderen mitfahren läßt.

2. Umfang der Schadensersatzansprüche, die der Witwe im Falle der Tötung des Mannes zustehen.

Der Ehemann der Klägerin war im Walde bei W. bei einem Wegebau beschäftigt, zu dem der Beklagte die Sandfuhren lieferte. Er benutzte auf dem Weg zur Arbeitsstätte wie zum Heimweg unter stillschweigender Duldung des Beklagten regelmäßig dessen Fuhre. Am 5. Mai 1905 fuhr er wiederum auf dem leeren Wagen nach Hause, den der 16jährige Sohn des Beklagten lenkte. Als der Wagen die ziemlich steile Straße hinabfuhr, brach die Bremse. Der Wagen stieß den Pferden auf die Hinterbeine und geriet in immer größere Fahrgeschwindigkeit. Der Ehemann der Klägerin wurde herausgeschleudert, überfahren und starb nach einigen Tagen. Die Klägerin hat den Beklagten auf Schadensersatz verklagt. Das Landgericht hat dem Beklagten den Eid auferlegt, ob ihm vor dem Unfall bekannt war, daß der Bremsstengel des Wagens eine Bruchstelle hatte, und von der Eidesleistung abhängig gemacht, ob die Klage abgewiesen oder dem Grunde nach für gerechtfertigt erklärt werde. Das Oberlandesgericht hat die Berufung des Beklagten zurückgewiesen. Die Revision des Beklagten hatte Erfolg.

Aus den Gründen: 1. Die Revision will die Haftung des Beklagten verneint wissen, weil bei einer der ländlichen Ueblichkeit entsprechenden Gefälligkeit nach Treu und Glauben wie nach der Verkehrsanschauung jede Haftung außer derjenigen für Vorsatz ausgeschlossen sei. Dieser Auffassung kann nicht beigetreten werden. Wie der erkennende Senat schon mehrfach ausgesprochen hat, ist nicht anzunehmen, daß zwischen dem Fuhrherrn und dem Fahrgast, den er ohne Entgelt auf seinem Wagen duldet, ein stillschweigender Vertrag über das Mitfahren zustande kommt. Sondern es entsteht nur ein tatsächliches Verhältnis, das rechtsgeschäftliche Pflichten und Rechte nicht erzeugt, das aber auch die allgemeine Pflicht nicht außer Kraft setzt, wonach jeder für die Beschädigung durch seine Sachen aufzukommen hat, insoweit er sie bei billiger Rücksichtnahme auf die Interessen anderer hätte verhüten müssen (RG. 52 S. 379; JW. 05, 371[10]). Der Beklagte vermag sich also nicht jeder Verantwortlichkeit für Fahrlässigkeit zu entschlagen. Ein solcher Freibrief gebührt ihm weder nach Treu und Glauben noch nach der Verkehrsanschauung. Immerhin findet seine Haftung ihre Grenze eben darin, daß er nur für Beobachtung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt einzustehen hat. Der Maßstab dieser Sorgfalt bestimmt sich nach den Anforderungen der aus einer tatsächlichen verständigen Uebung geschöpften Verkehrssitte. Diese Sitte empfängt ihre Richtlinie, wenn Gefälligkeitshandlungen in Frage stehen, ganz besonders von den Geboten der Billigkeit. Der Grundsatz, daß der Schenker und Verleiher nur für grobe Fahrlässigkeit zu haften haben (§§ 521, 599 BGB.) wird zwar nicht ohne weiteres auf ein außervertragliches Schuldverhältnis übertragen werden können. Wohl aber mag er als Fingerzeig dafür verwertbar sein, welches Maß von Bedachtsamkeit für das fremde Interesse die Verkehrssitte von demjenigen heischt, der einem andern eine reine Gefälligkeit erweist. Hiernach wird der Fuhrherr in der Regel dem stillschweigend geduldeten Fahrgast keinesfalls für einen erkennbaren Fehler des Fuhrwerks haften. Wer sich unaufgefordert auf ein Fuhrwerk setzt und unentgeltlich mitfährt, muß Wagen, Pferde und Kutscher so nehmen, wie sie sich ihm bieten. Er hat sich die wahrnehmbaren Mängel gefallen zu lassen und handelt insoweit auf eigene Gefahr. Wie weit der Fuhrherr für verborgene, aber ihm bekannte Fehler jenem Fahrgast haftet, wird nach den Umständen des einzelnen Falles zu beurteilen sein. Hier hat der Beklagte gewußt, daß die Arbeiter wie tagtäglich mit dem Wagen fahren würden und er war damit einverstanden. Hatte der Bremsstengel in Wahrheit eine Bruchstelle, und hatte der Beklagte sie als solche erkannt, so war es mehr als Leichtsinn, es war eine Gewissenlosigkeit, den eigenen Sohn und die mitfahrenden Arbeiter auf dem abschüssigen Wege der Gefahr eines Bremsenbruchs und des Abrollens des Wagens oder des Durchgehens der Pferde auszusetzen, lediglich in der unsicheren Erwartung, daß die Bremse noch eine oder die andere Fahrt aushalten werde. Ohne Zweifel hätte daher der Beklagte die von der Verkehrssitte gebotene Sorgfalt verletzt, wenn er solchenfalls die Arbeiter ungewarnt den schadhaften Wagen hätte besteigen lassen.

2. Die Klägerin hat einen Anspruch auf Kapitalabfindung erhoben und ihn laut der Klageschrift unter Berufung auf ein Urteil des Reichsgerichts vom 12. Februar 1902 (SeuffArch. 57 Nr. 217) darauf gestützt,

daß durch die Tötung ihres Ehemannes ihr und ihren fünf Kindern das Recht auf den Unterhalt entzogen worden und sie, die Witwe, berechtigt sei, den ihr und den Kindern zugefügten Schaden als ihren eigenen Schaden geltend zu machen. Diesen Anspruch haben die Vorinstanzen für den Fall der Eidesverweigerung dem Grunde nach für gerechtfertigt erklärt. Die Anschauung ist jedoch irrig. Das geltende Recht versagt der Witwe den Ersatz des mittelbaren Schadens, der ihr infolge der Tötung des Vaters durch den Zuwachs der Unterhaltsverbindlichkeiten gegen die Kinder entstanden ist. Nur im Rahmen des § 844 BGB. können die Hinterbliebenen den durch die Tötung des Unterhaltspflichtigen erwachsenen Schaden ersetzt verlangen. Der Erstattungsanspruch steht darnach der Klägerin und den Kindern selbständig, nicht aber der Klägerin für sich und die Kinder persönlich zu. Die angeführte Entscheidung des Reichsgerichts behandelt einen gemeinrechtlichen Fall aus der Zeit vor dem 1. Januar 1900 und ist für das Recht des BGB. nicht anwendbar. (Urt. des VI. ZS. vom 16. Mai 1907).

973 ———n.

III.

Kursminderung einer Aktie ist keine Verschlechterung einer Sache im Sinne des § 848 BGB. Aus den Gründen: Irrig ist die auf § 848 BGB. gestützte Begründung des Klageanspruches. Es wird angenommen, daß Beklagter dem Kläger den Besitz von drei Aktien im Dezember 1900 durch Betrug entzogen habe und ihm deswegen gemäß der erwähnten Vorschrift für die in der Zeit zwischen Besitzentziehung und Rückgabe eingetretene Wertminderung einzustehen habe. Diese Begründung würde schon aus dem Grunde versagen, weil in der Wertminderung der Aktien keine „Verschlechterung der Sache" im Sinne des § 848 BGB. erblickt werden kann. Diese Wertminderung betrifft nämlich nicht die Aktie in ihrer Eigenschaft als Sache, m. a. W. die Aktienurkunde, sondern nur das darin bekundete Recht. Nur dessen Wert wurde durch den Niedergang des von der Aktiengesellschaft betriebenen Unternehmens beeinflußt, während der Wert des Papieres als solchen dadurch nicht berührt wurde. Die Tatsache, daß insofern ein naher rechtlicher Zusammenhang zwischen Aktienrecht und Aktienurkunde besteht, als dem Eigentümer des Papiers grundsätzlich auch das Aktienrecht zusteht, kann nicht dazu führen, beide zu identifizieren und mit einer Wertminderung des Rechtes eine Verschlechterung der Aktie als einer (körperlichen) Sache für gegeben zu erachten. Sachen im Sinne des BGB. sind nur körperliche Gegenstände, nicht Rechte (BGB. § 90).[1] (Urt. des I. ZS. vom 6. Februar 1907).

971 ———n.

IV.

Beschwerde gegen die Verwerfung einer Ablehnung (§§ 46, 551, 573 ZPO.). In der mündlichen Verhandlung vor dem OLG. M. vom 14. März 1907 hatte der Beklagte zwei Beisitzer wegen Befangenheit abgelehnt, das OLG. aber diese Ablehnung unter Zuziehung zweier Ersatzrichter sofort zurückgewiesen und am 21. März 1907 Urteil zur Hauptsache auf Grund obiger Verhandlung unter Mitwirkung der abgelehnten Beisitzer erlassen. Die am 27. März 1907 beim OLG. eingelegte, von diesem ohne Ausspruch über die Zulässigkeit (§ 574 Abs. 2 ZPO.) dem ObLG. vorgelegte und von letzterem nach Art. IX EG. z. Ges. betr. Aenderung der KO. an das Reichsgericht abgegebene sofortige Beschwerde des Beklagten blieb erfolglos.

[1] Vgl. hierzu das Urteil des Reichsgerichts vom 18. April 1906 im 2. Jahrg. dieser Zeitschrift S. 293, wonach der Kurs eines Wertpapiers nicht eine Eigenschaft einer Sache im Sinne des § 119 Abs. 2 BGB. ist.

Aus den Gründen: Die nach § 46 ZPO. zulässige und rechtzeitig eingelegte Beschwerde ist unbegründet, weil durch das inzwischen ergangene Urteil zwecklos und gegenstandslos geworden. Selbst wenn die Beschwerde noch vor oder im Schlußverhandlungstermin eingelegt worden wäre, hätte dies das Berufungsgericht an der Fällung des Urteils nicht zu hindern brauchen, denn nach § 572 ZPO. hat nur die Beschwerde gegen die dort erwähnten Entscheidungen aufschiebende Wirkung. Hierunter fällt der Beschluß vom 14. März 1907 nicht. Das Berufungsgericht konnte daher das Urteil vor Ablauf der Beschwerdefrist erlassen (JW. 1895 S. 539 Nr. 11). Auch wenn der angefochtene Beschluß sachlich nicht zu billigen wäre, so würde doch nach §§ 551 Nr. 3 und 573 Nr. 3 ZPO., auf diesen Umstand weder die Revision, falls sie an sich zulässig wäre, noch die Nichtigkeitsklage gestützt werden können, da zwar bei der Entscheidung vom 21. März 1907 zwei Richter mitgewirkt haben, die wegen Besorgnis der Befangenheit abgelehnt waren, das Ablehnungsgesuch aber zur Zeit der Entscheidung nicht „für begründet erklärt war". (Beschl. v. 23. April 1907, VII B 49/07).

931 N.

V.

Kündigung bei einer sog. „Lebensstellung". Von den gesetzlichen abweichende Kündigungsfristen bei Dienstverträgen können nicht nur durch ein bestimmtes Zeitmaß ausgedrückt werden. Das BG. hat dem Kläger, der als Anstaltsarzt in der Kaltwasserheilanstalt der Beklagten angestellt war, eine Entschädigung von 7000 Mk. zugesprochen, weil die nach vorausgegangener vierwöchiger Kündigung erfolgte Entlassung des Klägers vertragswidrig gewesen sei. Das BG. stellt als Inhalt des Dienstvertrags fest, daß der Kläger in der Anstalt keine vorübergehende, sondern eine dauernde, eine sog. „Lebensstellung" übertragen erhielt, daß unter dieser Lebensstellung zwar keine lebenslängliche, aber eine auf längere Dauer berechnete Anstellung gemeint war und daß auch nach der Auffassung der Parteien für die Kündigung nicht die kurzen Fristen der §§ 621 ff. BGB. in Anwendung kommen sollten, sondern eine Frist von solcher Dauer, daß der Kläger sich in der Zeit bis zum Austritte wieder eine angemessene seinen Fähigkeiten entsprechende Stellung verschaffen könnte. Diese Frist bemißt das BG. auf „etwa ein Jahr". Die Rüge der Revision, es sei rechtlich nicht zulässig, hier, wo eine Kündigungsfrist von bestimmtem Zeitmaß nicht vereinbart sei, andere als die gesetzlichen Fristen gelten zu lassen und eine durch richterliches Ermessen festzusetzende Kündigungsfrist in das Gesetz einzuführen, ist nicht begründet. Das BG. hat seine Feststellung über die von den Vertragsteilen gewollte Kündigungsfrist auf die Aeußerungen der Beteiligten bei den Anstellungsverhandlungen, insbesondere auf das dabei wiederholt gebrauchte Wort „Lebensstellung", und auf die Umstände zur Zeit des Diensteintrittes gegründet. Die Auslegung des Rechtsgeschäfts hat also ergeben, daß die Parteien eine Willenserklärung bestimmten Inhalts abgegeben haben: als Kündigungsfrist soll nicht eine der kurzen gesetzlichen Fristen zur Anwendung kommen, sondern eine solche Frist, die es dem Kläger ermöglicht, sich wieder eine entsprechende Stellung zu verschaffen. Bei dieser Sachlage ist für die Anwendung der dispositiven Vorschriften des BGB. über die Kündigung von Dienstverträgen und die dabei zu beobachtenden Fristen kein Raum; diese würden erst Platz greifen können, wenn durch die vorliegende Willenserklärung in diesem Punkte nichts bestimmt worden wäre. Soweit die Willenserklärung reicht — und das ist durch ihre Auslegung festzustellen — kommen nachgiebige Gesetzesvorschriften nicht in Betracht. Es besteht kein rechtliches Hindernis, eine von den gesetzlichen Fristen abweichende Kündigungsfrist statt durch Festsetzung

eines bestimmten Zeitmaßes durch Vereinbarung derjenigen Eigenschaften und Merkmale zu bestimmen, die sie nach den Absichten der Parteien haben soll. Tritt der Fall der Kündigung ein, so hat die kündigende Partei und in letzter Linie der Richter diese Merkmale der zahlenmäßigen Ausmessung der Frist zugrunde zu legen. (Urt. des III. ZS. vom 9. April 1907, Nr. 337/06).

930 L. . . . . . . r.

VI.

§ 54 HGB. bezieht sich auch auf die einem Kaufmann erteilte Einzel-Vollmacht zum Abschluß eines Vergleiches, der ein Handelsgeschäft betrifft. Die Revision macht geltend, die Anwendung des § 54 HGB. sei ausgeschlossen, weil ein Vergleich, durch den ein Rechtsstreit beigelegt werde, nicht ein Handelsgeschäft sein könne. Diese Annahme entbehrt der Grundlage. Die §§ 343 ff. HGB. finden auf alle Geschäfte eines Kaufmanns Anwendung, also auch auf Vergleiche, sofern sie zum Betriebe seines Handelsgewerbes gehören. Daß die Parteien Kaufleute sind und es zur Zeit des Vergleichs waren, ist außer Streit. Die Forderung aber, die Gegenstand des Vorprozesses war, beruhte auf einem von ihnen geschlossenen Warenkaufe. Auch abgesehen von der durch § 344 Abs. 1 HGB. aufgestellten Vermutung, liegt es sonach auf der Hand, daß ein Vergleich über jene Forderung beiderseits in den Bereich des Betriebs des Handelsgewerbes fiel. Insoweit ist also auch die Voraussetzung des § 54 erfüllt. Der Berufungsrichter hat auch nicht rechtlich geirrt, wenn er die dem W. erteilte Vollmacht als Handlungsvollmacht im Sinne des § 54 angesehen hat. Allerdings hat das Reichsgericht in dem zur Geltungszeit des ADHGB. ergangenen Urteile vom 10. Januar 1890 (Bolze Bd. 9 Nr. 215) ausgesprochen, von einer Handlungsvollmacht könne nicht die Rede sein, wenn sich die Vertretung auf den Abschluß eines einzelnen Handelsgeschäfts beschränkt, sondern nur bei Vertretung in einem Geschäftskreise. Diese Annahme wurde auf die damalige Fassung des Gesetzes gestützt. Der dem jetzigen § 54 entsprechende Art. 47 des ADHGB. lautete: „Wenn ein Prinzipal jemanden ohne Erteilung der Prokura . . . zu einzelnen Geschäften in seinem Handelsgewerbe bestellt . . .". Aus diesem Ausdrucke „bestellt" leitete das Urteil die Annahme her, daß es sich um einen „Kreis" von (einzelnen) Geschäften handeln müsse. Gerade jener Ausdruck ist aber in der jetzigen Fassung des Gesetzes absichtlich vermieden worden. Nach der jetzt geltenden Fassung des § 54 unterliegt es keinem Bedenken, daß auch die Ermächtigung zur Vornahme eines einzelnen Geschäfts unter diese Bestimmung fällt. Nach den einwandfreien Feststellungen des Berufungsrichters ist davon auszugehen, daß W. sich den Klägern gegenüber als vom Beklagten schlechthin zum Abschluß eines Vergleichs ermächtigt bezeichnet hat und daß diese Mitteilung auch in der Willensrichtung der Beklagten lag. Auf dieser Grundlage ist der Berufungsrichter mit Recht zu dem Schlusse gelangt, daß der Beklagte den Vergleich im Verhältnisse zu den Klägern gegen sich gelten lassen muß, ohne daß es darauf ankommen kann, ob W. die ihm vom Beklagten erteilten Weisungen überschritten hat. (Urt. des VII. ZS vom 22. März 1907).

966 Sch — — — r.

B. Strafsachen.

I.

Strafrechtliche Haftung der Rechnungs- und Kassenführer und der Mitglieder der Organe der Versicherungsanstalten nach § 42 KrVG. und § 93 JVG. . . . Das Urteil irrt insoweit, als es den Angeklagten „als Bevollmächtigten" sowohl der Ortskrankenkasse als auch der Landesversicherungsanstalt der Rheinprovinz erachtet und den § 266 Abs. 1 Nr. 2 StGB. auf ihn anwendet. Der Angeklagte hat die veruntreuten Gelder teils als Rendant der Ortskrankenkasse vereinnahmt, teils flossen sie ihm zu, weil er „die Hebestelle der Alters- und Invaliditäts-Versicherungsanstalt" verwaltete und die Beiträge der versicherungspflichtigen Personen für Rechnung der Versicherungsanstalt einzuziehen hatte. In ersterer Hinsicht unterlag er nach § 42 Abs. 1, 3 des KrVG. der Bestimmung des § 266 StGB., wenn er, wie geschehen, absichtlich zum Nachteile der Kasse handelte. In letzterer Hinsicht war dasselbe nach § 93 des JVG. der Fall; zwar läßt das Urteil nicht deutlich ersehen, ob eine von der Versicherungsanstalt selbst errichtete örtliche Hebestelle in Frage steht (§ 148 Abs. 1 Ziff. 2 a. a. O.) oder ob die Versicherungsanstalt nur die Einziehung der Beiträge der Krankenkasse übertragen hatte (§ 148 Abs. 1 Ziff. 1 a. a. O.), der Angeklagte kommt aber jedenfalls als Mitglied eines Organs der Versicherungsanstalt in Betracht. Da die zivilrechtliche Haftung nach § 42 KrVG. und § 93 JVG. der den Vormündern ihren Mündeln gegenüber gleichgestellt ist, kann für die strafrechtliche Haftung im Sinne des § 266 StGB. nur die Nr. 1 dieser Vorschrift in Frage kommen, wie dies bezüglich des § 42 KrVG. schon in Entsch. des RG. Bd. 32 S. 262 ausgesprochen ist. (Urt. des V. StS. vom 3. Mai 1907, 5 D 156/07). — — — e —

961

II.

Branntwein als Nahrungsmittel. Daß der Erstrichter den Branntwein als Nahrungsmittel im Sinne des Gesetzes vom 14. Mai 1879 erachtet hat, gibt im Hinblick auf den Kreis der Abnehmer, für die er bestimmt war (Bauarbeiter), und die geringen Mengen, in denen er bezogen wurde, zu Bedenken keinen Anlaß; daß der Branntwein als Lebensmittel erachtet werden kann, hat das Reichsgericht schon wiederholt ausgesprochen (Entsch. Bd. 20 S. 217, Bd. 30 S. 255). (Urt. des V. StS. vom 26. April 1907, 5 D 73/07).

960 — — — e —

III.

Eingriff in das rechtlich geschützte Vermögen. Veranlassung zu einem Aufwande durch das Versprechen einer rechtlich unmöglichen Gegenleistung (§§ 263, 43 StGB.). Der Angeklagte steht im Rufe der Falschmünzerei. Um die für die Ermittlung des Verfertigers der damals umlaufenden falschen Hundertmarkscheine ausgesetzte Belohnung zu erhalten, wandte sich der Weichensteller S. an den Angeklagten mit der Bitte um Ueberlassung von falschen Scheinen, indem er ihm vorspiegelte, er wolle die Falsifikate in Verkehr setzen, und ihm auf Verlangen für die in Aussicht gestellten Hundertmarkscheine 180 Mk. im voraus zahlte. Der Angeklagte, dem die Anfertigung solcher Scheine nicht nachgewiesen werden konnte, hielt sein Versprechen nicht. Der Erstrichter bestraft ihn wegen Betrugs, da er von Anfang an dem Ansuchen des S. nicht habe entsprechen wollen, sondern die Bereitwilligkeit zur Lieferung solcher Scheine nur vorgespiegelt habe, um den S. zur Zahlung der 180 Mk. zu veranlassen. Der Erstrichter ist der Meinung, der Angeklagte habe durch sein Verhalten in das rechtlich geschützte Vermögen des S. eingegriffen, da dieser die Scheine nur zu erlaubten Zwecken erlangen wollte. Für diese Frage ist es aber bedeutungslos, welchen Zweck S. verfolgte und von welchem Beweggrund er geleitet wurde, entscheidend ist — für den Tatbestand des vollendeten Betrugs — nur, ob er durch jenes Abkommen einen rechtlich begründeten Anspruch auf die vom Angeklagten übernommene Gegenleistung deswegen nicht erwarb, weil diese in einer verbotenen oder unsittlichen Handlung bestand. War dies der Fall, dann fehlt

es an dem ursächlichen Zusammenhange zwischen der Vermögensbeschädigung und der Irrtumserregung: denn dieser entfällt, wo der Getäuschte zu der sein Vermögen vermindernden Aufwendung durch die Vorspiegelung einer tatsächlich oder rechtlich unmöglichen Gegenleistung bestimmt wurde. Rechtlich unmöglich ist aber eine Gegenleistung, wenn sie in einer verbotenen oder unsittlichen Handlung besteht, auf deren Vornahme niemals ein Recht erworben werden kann. Dasselbe gilt von den Ansprüchen auf die Gegenleistung für die Vornahme einer unerlaubten oder unsittlichen Handlung. Wer sich eine solche im Recht nicht geschützte Gegenleistung versprechen läßt und in deren Erwartung vorher eine Aufwendung macht, der vermindert sein Vermögen in dem Bewußtsein, daß eine Gegenleistung im Rechtssinne nicht erfolgen kann, also ohne Rücksicht auf eine Gegenleistung, beschädigt also sein Vermögen selbst (vgl. Entsch. d. RG. Bd. 37 S. 30, Bd. 37 S. 161, Bd. 38 S. 425, Bd. 27 S. 300). Die Irrtumserregung bildet in diesem Falle nur die äußere Veranlassung, nicht aber die innere Ursache der Vermögensbeschädigung (Entsch. Bd. 3 S. 396). Anders liegt die Sache nur, wenn der Getäuschte die von ihm beanspruchte (oder schon geleistete) Handlung für nicht verboten oder nicht unsittlich hielt und deshalb der, wenn auch irrigen Meinung war, er könne auf deren Vornahme (oder auf die Gegenleistung dafür) einen rechtswirksamen Anspruch durch Vertrag erwerben. Denn dann ist der ursächliche Zusammenhang zwischen Irrtumserregung und Vermögensbeschädigung und damit die rechtliche Möglichkeit für die Verübung eines Betrugs unter den dargelegten Verhältnissen gegeben (Entsch. Bd. 37 S. 80). Aus dem Urteil ist nicht zu entnehmen, ob es sich um Hundertmarkscheine handelt, die vom Angeklagten, um sie als echte zu gebrauchen, angeblich schon angefertigt waren und vorrätig gehalten wurden oder die infolge der Anregung des S. erst angefertigt werden sollten. Im letzteren Falle würde S. den Angeklagten zu einem Verbrechen nach § 146 StGB. zu bestimmen versucht haben; im ersteren Falle würde die vom Angeklagten in Aussicht gestellte Lieferung der Scheine entweder als ein Verbrechen gegen § 147 StGB., erste Alternative, zu beurteilen sein, dann nämlich wenn der Angeklagte die Scheine zunächst, ohne sie als echte zu gebrauchen, angefertigt hätte, oder als Beihilfe zu einem von S. auszuführenden Verbrechen nach § 147 StGB., zweite Alternative. Allerdings beabsichtigte S. nicht selbst eine Straftat zu begehen. Im Rahmen der vorliegenden Erörterungen ist dies aber bedeutungslos, denn bei der Prüfung der Frage, ob S. einen rechtlich begründeten Anspruch auf die Gegenleistung hatte, kommt es nur auf den Inhalt der beiderseits tatsächlich abgegebenen Erklärungen, nicht darauf an, ob S. sich im geheimen vorbehielt, mit den ihm auszuhändigenden Scheinen abredewidrig zu erlaubten Zwecken zu verfahren. Denn gleichwie eine Willenserklärung nach § 116 BGB. nicht deshalb nichtig ist, weil sich der Erklärende insgeheim vorbehält, das Erklärte nicht zu wollen, so wird umgekehrt der Anspruch auf eine nach dem Inhalte der beiderseitigen Erklärungen verbotene oder unsittliche Gegenleistung nicht dadurch rechtswirksam, daß der Gläubiger sich insgeheim vorbehält, seinerseits nicht verbotswidrig oder nicht unsittlich zu handeln und dadurch der erwarteten Gegenleistung die Eigenschaft des Verbotenen oder Unsittlichen gleichfalls zu nehmen. Daraus ergibt sich, daß nach den bisherigen Feststellungen S. in keinem Falle einen rechtlich begründeten Anspruch auf die Gegenleistung erwarb, daß deshalb der Angeklagte durch die Vorspiegelung, sie bewirken zu wollen, in dessen rechtlich geschütztes Vermögen nicht eingriff. Die Verurteilung wegen vollendeten Betrugs ist daher nicht haltbar. Handelte der Angeklagte aber in der irrigen Vorstellung, S. habe einen rechtlich begründeten Anspruch auf die Erfüllung des Vertrags, handelte er insoweit mit dem Bewußtsein und dem Willen, das Vermögen des S. zu beschädigen, so steht der Umstand, daß das vom Angeklagten gewählte Mittel zur Herbeiführung der Vermögensbeschädigung nach den obigen Ausführungen untauglich war, der Annahme eines versuchten Betrugs nicht entgegen (Entsch. Bd. 38 S. 425). Deshalb war die Sache an die Vorinstanz zurückzuverweisen. (Urt. d. V. StS. vom 24. Mai 1907, 5 D 1062/06).

963 ———e—

Oberstes Landesgericht.

Zivilsachen.

I.

Nicht die Konkursmasse einer eingetragenen Genossenschaft, aber die Genossenschaft selbst kann im Grundbuch als Eigentümerin eines vom Konkursverwalter für die Masse im Wege des Kaufes erworbenen Grundstücks eingetragen werden. Auslegung der Auflassungserklärung (BGB. § 133; GenG. § 101; KO. §§ 1, 6, 113, 117, 134, 207, 208). Mit Urkunde des Notariats W. vom 15. November 1906 hat Rechtsanwalt B. in L. als Verwalter im Konkurs über das Vermögen des Vorschußvereins L., eingetr. Genossenschaft m. unb. H., von dem Geschäftsmanne R. in W. als Verwalter im Konkurs über das Vermögen der Holzhändler D. und J. K. in O. die Grundstücke Pl.-Nr. 1543 ff. der StG. O. um 1985 Mk. gekauft. Die Urkunde enthält die Auflassungserklärungen in der Fassung, daß die Eintragung der Konkursmasse des Vorschußvereins L. als Eigentümerin der Grundstücke bewilligt und beantragt werde. Das Grundbuchamt hat die Eintragung abgelehnt, weil die Konkursmasse kein selbständiges Rechtssubjekt sei und die Grundstücke nur auf den Namen des Gemeinschuldners eingetragen werden könnten. Die Beschwerde des Konkursverwalters wurde zurückgewiesen. Das Beschwerdegericht billigte den vom Grundbuchamt angeführten Ablehnungsgrund und fand ein Hindernis der Eintragung auch darin, daß die Genossenschaft durch die Eröffnung des Konkurses aufgelöst worden sei und nur noch für den Zweck des Konkursverfahrens fortbestehe, daher nicht mehr Grundstücke erwerben könne, da ein solches Rechtsgeschäft mit dem Zwecke des Konkursverfahrens nicht zusammenhänge. Auf die weitere Beschwerde des Konkursverwalters hat das Oberste Landesgericht die Entscheidung des Landgerichts aufgehoben und es angewiesen, anderweit zu erkennen.

Gründe: Die Konkursmasse, das nach § 6 KO. der Verwaltung und Verfügung des Konkursverwalters unterworfene Vermögen des Gemeinschuldners, ist eine dem sonstigen Vermögen des Gemeinschuldners gegenüber in gewissem Maße selbständige Vermögensmasse, es ist ihr aber nicht die Befugnis beigelegt, Rechte zu erwerben und Verbindlichkeiten einzugehen, sie hat auch keinen eigenen Namen, unter dem sie im Rechtsverkehr auftreten könnte. Sie darf deshalb nicht als Eigentümer in das Grundbuch eingetragen werden (Jaeger, KO. Anm. 51 zu § 1, Anm. 17 zu § 6, Anm. 21 zu § 37).

Daraus folgt aber nicht, daß auf Grund einer Auflassung, in der eine Konkursmasse als Erwerber des Grundstücks bezeichnet ist, eine Eintragung nicht stattfinden dürfte. Die Vorschrift des § 133 BGB., daß bei der Auslegung einer Willenserklärung der wirkliche Wille zu erforschen und nicht an dem buchstäblichen Sinne zu haften ist, gilt auch für die Auflassung und ist auch für das Grundbuchamt maßgebend (RGE. Bd. 52 S. 416; Turnau-Förster, GBO. 3. Aufl. Anm. 4 zu § 19). Es mußte deshalb erwogen werden,

ob der von den Beteiligten in der Urkunde gebrauchte Ausdruck nicht in dem Sinne zu verstehen sei, daß der Vorschußverein als Eigentümer und zugleich in Gemäßheit des § 113 KO. die Eröffnung des Konkursverfahrens über das Vermögen der Genossenschaft eingetragen werden solle. War diese Frage, wie wohl nicht mit Grund bezweifelt werden kann, zu bejahen, so mußte dem Antrage stattgegeben werden, sofern ihm nicht das vom Beschwerdegericht erhobene weitere Bedenken entgegensteht. Nach § 101 GenG. wird durch die Eröffnung des Konkursverfahrens die Genossenschaft aufgelöst, sie gilt aber bis zur Beendigung des Konkursverfahrens für den Zweck dieses Verfahrens als fortbestehend. Im Rahmen dieses Zweckes ist der Konkursverwalter vermöge der ihm nach den §§ 6, 117 KO. obliegenden Aufgabe, das zur Konkursmasse gehörige Vermögen zu verwalten und zu verwerten, auch berechtigt, Grundstücke zu erstehen, nicht bloß in der Zwangsversteigerung, sondern auch bei freiwilliger Veräußerung (KO. § 134 Nr. 2). Aus der Urkunde ist allerdings ein Zusammenhang des Erwerbes der Grundstücke mit der Verwaltung und Verwertung des zur Konkursmasse gehörigen Vermögens des Vorschußvereins nicht zu entnehmen, aber darum steht doch nicht fest, daß ein solcher Zusammenhang nicht besteht. Vielmehr liegt die Vermutung nahe, daß der Vorschußverein Gläubiger der Holzhändler K. ist und daß die Grundstücke erworben werden sollen, um für die Forderung des Vorschußvereins Deckung zu erlangen. Hegte das Beschwerdegericht in dieser Beziehung einen Zweifel, so hätte es den Konkursverwalter auffordern sollen, den Zweck des Erwerbes der Grundstücke darzulegen, es durfte aber nicht die Beschwerde ohne weiteres zurückweisen. (Beschluß des I. ZS. vom 7. Juni 1907, Reg. III 35/07).

975 W.

II.

Nachweis der Entrichtung der Besitzveränderungsgebühr für die Eintragung des Eigentümers im Grundbuch auf Grund Urteils (GebG. Art. 249, 252, 253, 289). Der Gutsbesitzer M. in F. hat durch notariellen Vertrag vom 17. Mai 1889 die PlNr. 101 der StG. F. an die Gütlerseheleute J. und K. G. in F. gegen die diesen gehörige Wiese PlNr. 65 derselben StG. und einen Acker der Eheleute G. vertauscht, der im Grundsteuerkataster mit den PlNrn. 82 und 82½ bezeichnet war. Infolge eines Versehens wurde in der Vertragsurkunde bei der Bezeichnung des Ackers nur PlNr. 82 angegeben, PlNr. 82½ wurde deshalb im Kataster und im Hypothekenbuche nicht auf M. umgeschrieben, sie wurde ihm aber mit den anderen Grundstücken übergeben und er hat sie ungestört besessen. Nachdem er gestorben und von seiner Ehefrau zu ⅔, von seiner minderjährigen Tochter zu ⅓ beerbt worden war, stellte sich bei einer neueren Vermessung der Irrtum heraus. Da die Eheleute G. nicht in die Berichtigung des seit dem 1. Mai 1905 als angelegt geltenden Grundbuchs willigten, erwirkten die Erbinnen M. bei dem Amtsgerichte M. durch Urteil vom 30. Januar 1907 die Verurteilung der Eheleute G. zur Erteilung der Zustimmung dazu, daß sie als Eigentümer der PlNr. 82½ eingetragen werden. Das Urteil wurde damit begründet, daß M. das Grundstück ersessen habe. Nachdem das Urteil rechtskräftig geworden war, ließen die Erbinnen bei dem Amtsgerichte M. beantragen, das Grundbuch nach Maßgabe des Urteils zu berichtigen. Der Antrag wurde zurückgewiesen, weil die Entrichtung oder Hinterlegung der Besitzveränderungsgebühr für PlNr. 82½ nicht nachgewiesen sei und das Grundbuchamt nicht zu prüfen habe, ob die Gebühr etwa nicht oder nicht mehr zu entrichten sei. Die Beschwerde, die geltend machte, daß der Anspruch des Staates auf die Besitzveränderungsgebühr gemäß § 32 des FG. vom 28. Dezember 1831 verjährt sei, wurde zurückgewiesen. Das Landgericht fügte die Erwägung bei, daß „die Regulierung der Besitzveränderungsgebühr ausschließlich Sache des Rentamtes sei“. Auf die weitere Beschwerde der Erbinnen M. hat das Oberste Landesgericht die Entscheidungen der Vorinstanzen aufgehoben und das Grundbuchamt angewiesen, anderweit zu verfügen.

Aus den Gründen: Die Annahme der Vorinstanzen, für den durch das Urteil vom 30. Januar 1907 festgestellten Erwerb der PlNr. 82½ durch M. sei nach Art. 249, 252, 253 des GebG. i. d. F. von 1899 die Besitzveränderungsgebühr zu entrichten, wird den Tatsachen nicht gerecht. In dem Vertrage vom 17. Mai 1889 haben die Beteiligten nicht nur die PlNr. 65, 82, sondern auch PlNr. 82½, die sie als Bestandteil der PlNr. 82 ansahen, gegen PlNr. 101 ausgetauscht, dieses Grundstück bildete die Gegenleistung für die drei Grundstücke, die M. erhielt. Die für die Berechnung der Gebühr in die Vertragsurkunde aufgenommene Wertsangabe betraf den Gegenstand des ganzen Tauschgeschäfts, die für das Geschäft erhobene Gebühr deckte also auch die Uebertragung der geringwertigen PlNr. 82½. Die irrige Bezeichnung des einen Vertragsgegenstandes war bei der in der Uebertragung des Besitzes zu klarem Ausdrucke gekommenen Willensübereinstimmung unschädlich. M. hat daher auch das Eigentum an PlNr. 82½ schon durch den Tauschvertrag vom 17. Mai 1889 und die Uebergabe des Grundstücks erworben. Der Umstand, daß das Amtsgericht M. sein rechtskräftig gewordenes Urteil mit der auf unrichtiger Anwendung des Art. 14 des NotG. von 1861 beruhenden Ansicht begründet hat, M. sei erst durch Ersitzung Eigentümer der PlNr. 82½ geworden, ist belanglos. Rechtskräftig ist nur die Entscheidung geworden, daß die Eheleute G. verpflichtet sind, die Zustimmung zu der Berichtigung des Grundbuchs zu erteilen, nicht der Entscheidungsgrund. Daher kommt das Erlöschen des Anspruchs auf die Besitzveränderungsgebühr nach § 32 Abs. 2 des FG. vom 28. Dez. 1831 nicht in Frage. (Beschl. des I. ZS. vom 10. Mai 1907, Reg. III 28/1907).

946 W.

III.

Gerichtsstand der Erbschaft. Erbschaftsbesitzer. (ZPO. § 27; BGB. § 2018). J. H. in F. stellte den Antrag, zum Zwecke der Klagestellung gegen den Schuhmacher R. in W. und 15 andere in verschiedenen Amts- und Oberlandesgerichtsbezirken wohnende Erben der in F. verstorbenen Marie R. wegen einer Forderung von nicht mehr als 300 Mk. das zuständige Gericht zu bestimmen. Der Antrag wurde zurückgewiesen.

Gründe: Die Antragsteller wollen als Erben der am 6. Dezember 1902 an ihrem Wohnorte F. verstorbenen Marie R. durch Klage den Anspruch auf Herausgabe der von anderen Erben ihnen vorenthaltenen und von diesen unter sich verteilten Erbteile, wodurch diese sich „ohne Rechtsgrund bereichert“ hätten, geltend machen. Sie verfolgen damit nicht einen Anspruch wegen ungerechtfertigter Bereicherung im Sinne des § 812 BGB., sondern einen Anspruch im Sinne des § 2018 BGB., da er gegen Personen gerichtet ist, die sich angeblich unbefugt in den Besitz des ganzen Nachlasses gesetzt haben und sich weigern, die Anteile der Antragsteller am Nachlasse diesen herauszugeben. Diese Erben besitzen hiernach in Ansehung der im Auseinandersetzungsverfahren erst zu ermittelnden Anteile der Antragsteller etwas, das sie „auf Grund eines ihnen in Wirklichkeit nicht zustehenden Erbrechts aus der Erbschaft erlangt“ haben, sind also insoweit „Erbschaftsbesitzer“ im Sinne des § 2018. Für Klagen solcher Art ist neben dem allgemeinen Gerichtsstande des Wohnsitzes der Beklagten nach § 27 Abs. 1 ZPO. auch der besondere Gerichtsstand der Erbschaft bei dem Gerichte begründet, bei dem der Erblasser zur Zeit

seines Todes den allgemeinen Gerichtsstand gehabt hat. Darnach fehlt eine der Voraussetzungen für die Anwendung des § 36 Nr. 3 ZPO. (Beschl. des II. ZS. vom 3. Juni 1907, Reg. IV 35/07). W.
969

IV.

Können in der Berufungsinstanz neue Tatsachen auch dann noch geltend gemacht werden, wenn die Sache vom Revisionsgericht an sie zurückverwiesen wurde? Wie ist im Falle des Sieges auf Grund der neuen Tatsachen im Kostenpunkte zu entscheiden? Einrede der Erschöpfung des Nachlasses. (ZPO. §§ 529, 565, 97; BGB. § 1990). Die Klägerin Anna K. fordert in dem von ihr 1898 gegen ihren geschiedenen Mann, den Baumeister N. K. in N., beim LG. anhängig gemachten Rechtsstreite 25 637.03 Mk. nebst Zinsen, weil von dem Vermögen, das bei der wegen der Scheidung der Ehe erfolgten Auseinandersetzung des gemeinschaftlichen Vermögens ihr zugewiesen wurde, jener Betrag zur Tilgung von Schulden des Beklagten verwendet worden sei, für die sie nicht zu haften hatte, N. K. also in ungerechtfertigter Weise bereichert sei. Der Beklagte ist im Verlaufe des Rechtsstreits gestorben, nachdem die Sache schon einmal vom Revisionsgerichte zurückverwiesen war; er wurde von drei minderjährigen Kindern aus seiner dritten Ehe beerbt. Deren Pfleger nahm die Erbschaft an und bewirkte die Aufnahme eines Inventars durch den Gerichtsschreiber. Die Erben nahmen den Rechtsstreit auf. Sie wurden als Gesamtschuldner, jedoch unter Beschränkung ihrer Haftung auf den Nachlaß, verurteilt, der Klägerin 18 744.18 Mk. nebst Zinsen zu zahlen und ²/₃ der Kosten zu tragen. Auf Berufung der Beklagten wies das OLG. die Klage ab; zur Tragung der Kosten verurteilte es die Klägerin. Klägerin legte Revision ein. Das ObLG. hat aus den nachstehenden Gründen die Entscheidung aufgehoben und die Sache zurückverwiesen.

Die angefochtene Entscheidung beruht auf folgenden Erwägungen: Nach dem bei den Akten über den Nachlaß des N. K. befindlichen Inventar stehe fest, daß N. K. seinen Kindern kein Vermögen hinterlassen hat. Nach dem Inventar beständen die Nachlaßgegenstände nur aus beweglichen Sachen, im Werte von 60 Mk., während die Verbindlichkeiten 43 256.78 Mk. betrügen. Daran werde dadurch nichts geändert, daß nach der von dem Pfleger der Beklagten beim Nachlaßgerichte gemachten Angabe der Erblasser 1898 und 1900 zwei Häuser an seine Frau, die Mutter der Beklagten, verkauft habe und daß früher auch eine Lebensversicherung des Erblassers bestanden habe; die Häuser und die Versicherungssumme bildeten nicht einen Bestandteil des Nachlasses und seien nicht in den Besitz der Erben gelangt. Der Antrag des Pflegers auf Eröffnung des Konkurses über den Nachlaß des N. K. sei vom Amtsgerichte wegen des Mangels einer die Kosten des Verfahrens deckenden Masse abgewiesen worden. Die Beklagten seien hiernach nach § 1990 BGB. zu dem Antrage berechtigt, daß die Klage abgewiesen werde. Die vom LG. ausgesprochene Verurteilung zur Zahlung von 18 744.18 Mk. mit Beschränkung der Haftung auf den Nachlaß sei zwecklos und deshalb unzulässig. Denn bei dem gänzlichen Mangel eines Nachlasses könne von einem Anspruche gegen die Erben auf Zahlung aus Mitteln des Nachlasses nicht die Rede sein und es bräuchten sich die Erben eine kostspielige Verurteilung unter Beschränkung der Haftung auf den Nachlaß nicht gefallen zu lassen. Die Pflicht der Beklagten, die vorhandenen Nachlaßgegenstände zur Befriedigung der Klägerin herauszugeben, komme nicht in Frage, weil die Klägerin einen darauf gerichteten Antrag nicht gestellt, sondern erklärt habe, daß ihr mit der Herausgabe nichts gedient sei.

Der Vertreter der Revisionsklägerin hat es als zweifelhaft bezeichnet, ob die Abweisung der Klage überhaupt noch zulässig sei. Er machte geltend, die Abweisung der Klage stehe im Widerspruch mit der vor dem Tode des N. K. in dem Rechtsstreit ergangenen früheren Entscheidung des Revisionsgerichts, die das Schicksal des Klaganspruchs nur von der Entscheidung darüber abhängig gemacht habe, ob die Behauptung der Klägerin wahr sei, daß der geforderte Betrag aus ihrem Vermögen zur Tilgung von Schulden ihres geschiedenen Mannes verwendet wurde, für die sie nicht zu haften hatte. Das Bedenken ist nicht gerechtfertigt. Durch den Tod des Beklagten, der im Laufe des durch jene Entscheidung des Revisionsgerichts notwendig gewordenen anderweiten Verfahrens in der 1. Instanz eintrat, wurde die Sachlage wesentlich verändert. Die Erben des Beklagten waren befugt, auch noch in der Berufungsinstanz bisher nicht geltend gemachte Verteidigungsmittel vorzubringen (§ 529 ZPO.). Mit der Frage, ob und in welchem Umfange die Erben des Beklagten für die Schuld des Erblassers haften, hat sich die Entscheidung des Revisionsgerichts nicht befaßt; das Gericht hatte damals nur zu prüfen, ob die Vorschriften des Bamberger LR. über die Haftung der Ehegatten für die Verbindlichkeiten richtig angewendet worden sind.

Begründet ist dagegen die Rüge der Revision, daß § 1990 BGB. unrichtig angewendet wurde. Laut des Tatbestandes des Urteils der 1. Instanz hatten die jetzigen Beklagten den Anspruch der Klägerin nach Grund und Betrag bestritten; ferner hatten sie beantragt, ihnen bei etwaiger Verurteilung die Beschränkung ihrer Haftung vorzubehalten. Ueber den Bestand des Nachlasses enthält dieses Urteil weder Feststellungen noch die Angabe von Behauptungen der Parteien. Bei der Verhandlung vor dem OLG. haben die Beklagten „nach Bekanntgabe des Inhalts der Akten des Amtsgerichts N. über den Nachlaß des Baumeisters N. K. und über das Konkursverfahren über den Nachlaß des N. K." behauptet, daß dieser kein Vermögen hinterlassen habe. Die vorhandenen beweglichen Sachen seien sie bereit herauszugeben. Auf Grund des § 1990 BGB. beantragten sie deshalb die Abweisung der Klage. Ueber Sinn und Tragweite des § 1990 besteht Streit. Richtig ist die Auslegung, daß der Erbe, der aus einem der im § 1990 bezeichneten Gründe dem Nachlaßgläubiger den Einwand der Erschöpfung oder der Unzulänglichkeit des Nachlasses entgegensetzen kann, je nach der Sachlage nicht nur die Verurteilung unter dem Vorbehalte der Beschränkung seiner Haftung, sondern auch die Abweisung der Klage erwirken kann. Dies ist der Fall, wenn Nachlaßgegenstände überhaupt nicht vorhanden sind oder wenn die vorhanden gewesenen schon zur Befriedigung von Nachlaßgläubigern verwendet wurden, der Nachlaß also hierdurch erschöpft ist (Erschöpfungseinrede), oder wenn der Nachlaßgläubiger auf jede Befriedigung aus dem Nachlasse verzichtet, die Klage also gegenstandslos geworden ist. Weist der Nachlaßgläubiger die Befriedigung, soweit der dürftige Nachlaß reicht, nicht zurück, so kann der Erbe nur die Verurteilung unter dem Vorbehalte der Beschränkung seiner Haftung auf den Nachlaß erwirken. Keine der Voraussetzungen für Abweisung der Klage liegt hier vor. Daß der Nachlaß durch Befriedigung eines anderen Nachlaßgläubigers schon erschöpft ist, steht nicht in Frage, ebensowenig, daß die Klägerin auf Befriedigung durch Zwangsvollstreckung in die vorhandenen Nachlaßgegenstände verzichtet hat. Die Erklärung der Klägerin, „daß ihr mit der Herausgabe der Nachlaßgegenstände nichts gedient sei", läßt dem Zweifel Raum, ob sie damit auf jede Befriedigung aus dem Nachlasse verzichten oder nur sagen wollte, die Erklärung der Beklagten genüge nicht dem gerechtfertigten Klaganspruch darauf, daß die Beklagten, wenn auch unter dem Vorbehalte der Beschränkung ihrer Haftung, ver-

urteilt werden. Da Verzichte nicht zu vermuten sind, hätte jedenfalls die Bedeutung jener Erklärung durch Anwendung des § 139 ZPO. aufgeklärt werden sollen. Auch die Annahme des OLG., die Pflicht der Erben zur Herausgabe der vorhandenen Nachlaßgegenstände komme nicht in Betracht, weil die Klägerin einen darauf zielenden Antrag nicht gestellt habe, wäre irrtümlich, wenn damit gesagt sein sollte, die Klägerin hätte die Verurteilung der Erben des Schuldners zur Herausgabe der Nachlaßgegenstände beantragen sollen. Auch im Falle des § 1990 geht der Anspruch des Nachlaßgläubigers nur auf Erfüllung der Nachlaßverbindlichkeit, nicht auf Herausgabe der Nachlaßgegenstände. Ueberdies ist nicht ersichtlich, wie die Klägerin zur Zwangsvollstreckung in die Nachlaßgegenstände sollte gelangen können, da ihr nach der jetzigen Prozeßlage noch kein vollstreckbarer Schuldtitel zur Seite steht, ihre Befriedigung aber nur im Wege der Zwangsvollstreckung zu erfolgen hat. Unter diesem Gesichtspunkte gewinnt auch ihre Erklärung, „mit der Herausgabe der Nachlaßgegenstände sei ihr nichts gedient", besondere Bedeutung. Bei der Zwangsvollstreckung in den Nachlaß würde es ferner nicht darauf ankommen, welchen Bestand er in dem Zeitpunkte hatte, in dem die Klage die Richtung gegen die Erben nahm, oder in dem Zeitpunkte, in dem das Urteil gegen die Erben erging, sondern auf den Bestand zur Zeit des Beginns der Vollstreckung. Trotz der Vorschrift des § 2009 BGB. würde es also der Klägerin nicht verwehrt sein, durch jedes gesetzlich zulässige Mittel die etwaige Vervollständigung des Nachlasses herbeizuführen.

Die Entscheidung über die Kosten hat das OLG. ohne weitere Begründung auf § 91 ZPO. gestützt. Diese Begründung ist unvollständig. Nach § 97 Abs. 2 können die Kosten der Berufungsinstanz der siegenden Partei ganz oder teilweise auferlegt werden, wenn sie auf Grund eines neuen Vorbringens siegt, das sie nach freiem Ermessen des Gerichts in 1. Instanz geltend zu machen imstande war. Es ist festgestellt, daß die Erben mit der Behauptung, ein Nachlaß sei nicht vorhanden, und mit der darauf gegründeten Einrede aus § 1990 BGB. erst bei der letzten mündlichen Verhandlung in der Berufungsinstanz hervorgetreten sind. Aus der Entscheidung geht aber nicht hervor, daß dieser Umstand überhaupt gewürdigt wurde und welche Erwägungen für das Ermessen des OLG. maßgebend waren, der Klägerin ohne Rücksicht auf jene Tatsache die sämtlichen Kosten des Rechtsstreits aufzuerlegen. Insofern ist also dieser Teil der Entscheidung nicht genügend begründet. (Urt. des II. ZS. vom 15. April 1907; Reg. I 18/1907). W.

910

Oberlandesgericht München.

I.

Vollstreckung einer Geldstrafe nach § 888 ZPO. im Parteibetrieb. Der Kläger hat an das Landgericht den Antrag gestellt, der Gerichtsvollzieherei M. amtlichen Auftrag zur Zwangsbeitreibung der gegen den Beklagten zur Erzwingung einer Rechnungsstellung verhängten Geldstrafe zu geben, da die Gerichtsvollzieherei den Vollzug seines Parteiauftrags unter Bezugnahme auf § 208 der GeschA. f. GVollz. abgelehnt habe. Das Landgericht wies den Antrag zurück und die Beschwerde blieb erfolglos.

Aus den Gründen: Das Beschwerdegericht tritt der vom Reichsgerichte und einer Reihe von Kommentatoren (vgl. E. Z. 53, 181 und die dort aufgeführte Lit.) geteilten Auffassung bei, daß die Beitreibung solcher Geldstrafen durch den Gläubiger, nicht von Amts wegen zu geschehen hat. Die gegenteilige, auch im § 208 der bayer. GVollz.-GschA. festgehaltene Meinung wäre nur dann begründet, wenn die nach § 888 ZPO. verhängte Geldstrafe wirklich den Charakter einer Strafe (Seuffert 9. Aufl. Note d zu § 888) als einer Sühne für bewiesenen Ungehorsam (BuschZtschr. Bd. 26 S. 451) hätte. Das trifft aber nicht zu. Im Gegensatz zu der gemäß § 890 ZPO. erkannten Geldstrafe, welche als reine Geldstrafe für eine nicht mehr rückgängig zu machende Zuwiderhandlung gegen den richterlichen Befehl erscheint (Kohler, Ziv. Arch. Bd. 80 S. 254), hat die nach § 888 ausgesprochene Geldstrafe wie die Haft nur den Zweck, den Schuldner zu bestimmen, seinen Widerstand gegen die Erfüllung der urteilsmäßigen Pflichten aufzugeben und dem richterlichen Befehl zu willfahren. Geldstrafe und Haft sind hier beide Zwangsmittel zur wirksamen Durchführung des zuerkannten Anspruchs auf Vornahme der Handlung (vgl. Mot. S. 444). Demzufolge muß es in das Ermessen des Gläubigers gestellt sein, ob diese Zwangsmittel anzuwenden sind. Ein Vollzug von Amts wegen, also unter Umständen auch gegen den Willen des Gläubigers, ist hiernach ausgeschlossen und auch durch die Erwägung nicht zu rechtfertigen, daß das eingezogene Geld nicht dem Gläubiger, sondern der Staatskasse zufließt; denn hierdurch wird an dem Charakter dieser Geldstrafe als eines dem Gläubiger zustehenden Zwangsmittels nichts geändert. Das Gericht hat hiernach mit dem Vollzug der Geldstrafe nichts zu schaffen und das Gesuch um amtliche Beauftragung der Gerichtsvollzieherei mit Recht zurückgewiesen. (Beschl. v. 8. Mai 1907; BeschwR. 277/07 IV).

932 N.

II.

Kann der Kläger, der zur Herbeiführung der vorläufigen Vollstreckbarkeit eines Urteils Sicherheit geleistet hat, Ersatz für die ihm durch die Hinterlegung entgangenen Zinsen fordern? (§ 284 ff. BGB., §§ 710, 717 ZPO.). Ein am 1. Oktober 1905 erlassenes Urteil wurde vom Landgericht nach § 710 ZPO. gegen Sicherheitsleistung von 30000 Mk durch den Kläger für vorläufig vollstreckbar erklärt. Am 10. Oktober 1905 hinterlegte der Kläger 30000 Mk. in bar. Darauf zahlte der Beklagte, welcher Berufung eingelegt hatte, zur Abwendung der Zwangsvollstreckung und unter Vorbehalt der Rückforderung an den Kläger die Hauptsache samt Zinsen, ohne jedoch die Sicherheit frei zu geben. Die Berufung und die Revision des Beklagten wurden zurückgewiesen. Am 26. Juli 1906 erhielt der Kläger mit Einwilligung des Beklagten die Sicherheit samt 2% Zinsen hieraus zurück. Nun verlangte Kläger vom Beklagten 476 Mk. 65 Pf. als 2%ige Zinsen aus den von ihm hinterlegten 30000 Mk. vom 10. Oktober 1905 bis 26. Juli 1906, da er für diese bei anderweitiger Verwertung 4% Zinsen erhalten hätte und der Beklagte zum Ersatze dieses Zinsenentganges infolge seines Zahlungsverzuges verpflichtet sei. Die Klage wurde abgewiesen. Die Berufung des Klägers wurde zurückgewiesen.

Aus den Gründen: Der Kläger will seinen Anspruch aus § 286 BGB. herleiten; es ist deshalb zu untersuchen, ob auf Seite des Beklagten ein Verzug vorliegt, welcher den Schadensersatzanspruch begründet. Dies ist auf Grund des § 285 BGB. zu verneinen, weil auch Verzug im Sinne des § 286 Abs. 1 l. c. ein Verschulden des Schuldners (§§ 276 bis 279 BGB.) voraussetzt. Daß der Beklagte mit der Bezahlung des Hauptsachebetrages in dem durch §§ 284, 286, 288 Abs. 2 BGB. vorausgesetzten schuldhaften Verzuge sich befunden hat, ist nicht dargetan. Darin, daß der Beklagte den gegen ihn eingeklagten Anspruch nicht freiwillig befriedigt hat, liegt nicht ein den Schadensersatzanspruch gemäß §§ 286, 288 BGB. begründendes Verschulden des Beklagten, ebensowenig darin, daß er gegen seine Verurteilung die gesetzlich zulässigen Rechtsmittel eingelegt hat. Der mit der

Klage verlangte Zinsentgang ist aber auch nicht Folge des angeblichen Zahlungsverzuges des Beklagten gewesen, sondern der von dem Kläger selbst betätigten vorläufigen Vollstreckung des Urteils erster Instanz vor Eintritt seiner Rechtskraft. Wie der Gläubiger nur mit der Gefahr der Schadensersatzverpflichtung des § 717 ZPO. zur vorläufigen Vollstreckung des Urteils gegen Sicherheitsleistung schreiten kann, so bildet auch die Leistung dieser Sicherheit und die Tragung der mit ihr verbundenen Lasten die Bedingung für die Vollstreckung. Es ist im Gesetze nicht bestimmt, daß der Gläubiger im Falle des Eintrittes der Rechtskraft des gegen Sicherheit für vorläufig vollstreckbar erklärten Urteils die Erstattung eines ihm etwa durch diese Sicherheitsleistung erwachsenen Vermögensnachteils vom Schuldner anzusprechen hat. (Urt. vom 13. Mai 1907, BerR. 186/07 IV L).

958 V......

Oberlandesgericht Bamberg.

Molkereibedienstete als Handlungsgehilfen. Eine ihnen zugesicherte Gratifikation ist Lohn, nicht Schenkung. (§ 59 HGB., § 518 BGB.). Der Beklagte war Verwalter der Molkerei der Klägerin; mit dieser war ein Eierhandel verbunden, bei welchem den Beklagten seine Frau durch Einkauf, Verpacken und Versenden der Eier unterstützte. Hierfür hatte die Klägerin dem Beklagten eine Gratifikation versprochen. Letztere machte der Beklagte aufrechnungsweise gegen den auf Herausgabe des Kassabestands gerichteten Klaganspruch geltend. Aus den Gründen des Urteils des Berufungsgerichts: Da die Molkerei mit Milch aus fremdem Viehstand betrieben wurde, war sie ein Handelsgeschäft. In diesem Handelsbetriebe war der Beklagte als Verwalter bestellt; er hatte die Anschaffung der Milch und Eier und die Veräußerung von Milch, Butter, Käse und Eiern vorzunehmen, die Kassa- und Buchführung zu besorgen und erhielt dafür Bezahlung; er war also in einem Handelsgewerbe zur Leistung kaufmännischer Dienste gegen Entgelt angestellt. Er war allerdings auch zur Leitung und Beaufsichtigung des Molkereibetriebs bestellt. Ob ein solcher technischer Stellvertreter des Prinzipals Handlungs- oder Gewerbegehilfe ist, richtet sich danach, ob er auch kaufmännische Dienste verrichtet und zwar so, daß dieser Teil seiner Funktionen einen wesentlichen, nicht nur nebensächlichen Bestandteil seiner Dienste bildet. Hier überwiegt die Leistung kaufmännischer Dienste; es ist daher der Beklagte Handlungsgehilfe der Klägerin. Der Handlungsgehilfe hat, wenn seine Tätigkeit eine Geschäftsbesorgung zum Gegenstande hat, dem Prinzipal gemäß §§ 259, 675, 666 BGB. Rechnung zu legen und ist nach § 667 BGB. verpflichtet, alles, was er aus der Geschäftsbesorgung erlangt hat, dem Prinzipal herauszugeben. Hierauf gründet sich die Klage. Streitig ist nur die Gegenforderung des Beklagten für die Besorgung des Eiergeschäfts. Der Eierhandel ist ein in einzelnen Molkereien üblicher Nebenerwerbszweig der Molkerei. Sein Betrieb war von der Klägerin der Frau des Beklagten gegen Zusicherung einer Bezahlung übertragen. Es fragt sich, ob die Frau Handlungs- oder Gewerbegehilfin ist. Da der Ein- und Verkauf der Eier der wesentlichste Teil ihrer Dienstleistung war, das Verpacken und Versenden dagegen nur nebensächlich, ist auch sie Handlungsgehilfin und es ist für ihren Anspruch auf Vergütung § 59 HGB. maßgebend. Die Vergütung richtet sich nach der Vereinbarung oder nach dem Ortsgebrauch oder es entscheidet die Angemessenheit. Hier ist eine angemessene Vergütung zu gewähren; denn es war nur eine Vergütung im allgemeinen zugesichert worden. Daß die Klägerin die Vergütung der Dienste der Ehefrau als eine Art von Gratifikation bezeichnet, hat nichts auf sich. Auch eine zugesicherte Gratifikation ist eine vertragsmäßige Vergütung. Nur wenn eine Zusage in Schenkungsabsicht erfolgt wäre, würde die Vorschrift des § 518 BGB. Anwendung finden, wonach zur Gültigkeit des Versprechens notarielle Beurkundung erforderlich wäre. Die Schenkungsabsicht wird aber von der Klägerin gar nicht geltend gemacht. Die Gratifikation sollte vielmehr nur einen Zuschlag zur Entlohnung des Beklagten bilden. In diesem Falle greift § 518 BGB. nicht Platz, selbst wenn die Höhe der Gratifikation nicht bestimmt ist; sie ist dann in angemessener Weise zu leisten. (Urt. des I. ZS. vom 11. Mai 1907).

953 Mitgeteilt von Oberlandesgerichtsrat Schäfer in Bamberg.

Oberlandesgericht Nürnberg.

Zu §§ 9 und 58 der IV. Beilage zur bayer. Verfassungsurkunde vom 26. Mai 1818; §§ 50, 51, 56, 97 Abs. II ZPO. Partei- und Prozeßfähigkeit einer standesherrlichen Domanialkanzlei. Die „Fürstlich H.'sche Domanialkanzlei in Sch. vertreten durch den fürstl. Domanialkanzleirat D." erhob Klage auf Zahlung aus einem Bierlieferungsvertrage gegen den Wirt T.; dieser erhob Widerklage. Das LG. verurteilte, ohne auf die von keiner Seite aufgeworfene Frage der Aktivlegitimation des Klägers einzugehen, den Beklagten; die Widerklage wies es als unbegründet ab. Beide Teile legten Berufung ein. In 2. Instanz wurde die Verhandlung auf die Frage der Prozeßfähigkeit der Klägerin beschränkt. Der Anwalt des Klägers erklärte ohne Widerspruch, daß die Brauerei, aus welcher dem Beklagten Bier geliefert wurde, einen Teil des Stammguts des fürstl. Hauses H. bilde und machte unter Bezugnahme auf Entscheidungen des bayer. Oberappellationsgerichts vom 28. Juli 1845, des BGH. vom 15. April 1887 (Bd. IX S. 97) und des bad. Hofgerichts des Seekreises in Konstanz vom 23. Januar 1844 (Standesherrschaft F. betreffend) folgendes geltend: Der Standesherrschaft des fürstl. Hauses H. komme Rechtspersönlichkeit zu. Das Fürstenhaus werde seit Jahren von der auf Grund des § 58 der IV. VerfBeil. 1807 errichteten und 1833 neuerdings kostituierten Domanialkanzlei in allen seinen Rechtsangelegenheiten vor Gericht vertreten. Diese werde durch den Domänendirektor tätig. Der Domanialkanzlei selbst komme Rechtspersönlichkeit nicht zu. Die Domanialkanzleien der Standesherrn seien aber die verfassungsmäßig bestellten ausführenden Organe des Inbegriffs sämtlicher Deszendenten eines gemeinschaftlichen Stammvaters, d. h. der Standesherrschaft, aber auch einzelner Familienmitglieder dann, wenn das Fürstenhaus nicht nur Güter mit Stammgutseigenschaft, sondern auch Allodialgüter besitze. Beide verwalte verfassungsgemäß und kraft der Konstituierung als öffentliche Verwaltungsbehörde die Kanzlei. Einen Teil des Stammguts des fürstl. Hauses H. bilde die Brauerei. Der Anwalt des Beklagten führte aus: Die klagende Domanialkanzlei besitze keine Rechtspersönlichkeit. Es klage nicht die Standesherrschaft, sondern eine Kanzlei. Die Familie H. sei Standesherrschaft und habe gemäß § 9 der IV. VerfBeil. das Recht der Autonomie. Die autonomen Anordnungen, die Hausgesetze, seien aber erst nach Veröffentlichung durch den König wirksam. In Bayern seien solche Hausgesetze der Familie H. nicht veröffentlicht. Es lasse sich aber nur aus dem Hausgesetze entscheiden, ob eine Standesherrschaft Rechtspersönlichkeit besitze. Es sei unbillig, die Prozeßkosten der Berufungsinstanz auf Grund des § 97 Abs. 2 ZPO. dem Beklagten aufzuerlegen. Der Einwand der mangelnden Prozeßfähigkeit der Klägerin habe allerdings in der ersten Instanz vorgebracht werden können, allein es handle sich um eine Frage, die das Gericht

von Amts wegen hätte prüfen sollen. Das OLG. wies die Klage und die Widerklage ab und verteilte die Kosten beider Instanzen auf die Streitsteile.

Aus den Gründen: Kläger ist nicht die fürstl. Standesherrschaft H., sondern die fürstl. H.sche Domanialkanzlei, vertreten durch den Domanialkanzleirat D. Hiernach hat das Gericht auf die Frage, ob der Standesherrschaft H. als solcher Rechtspersönlichkeit zukomme, nicht einzugehen, es hat sich vielmehr damit zu beschäftigen, ob diese der Domanialkanzlei zusteht. Die Parteifähigkeit steht allen physischen und juristischen Personen zu. Von einer physischen Person kann hier nicht die Rede sein, es fehlt der Kanzlei aber auch die Eigenschaft einer juristischen Person. Der Domanialkanzlei fehlt sonach auch die Prozeßfähigkeit. Es wird nun von der Klägerin behauptet, daß die Standesherrschaft H. durch den Vorstand ihrer Domanialkanzlei im Prozesse vertreten werde. Allein es wurde schon bemerkt, daß die Domanialkanzlei selbständig als Klägerin auftritt. Es ist auch nicht behauptet, daß sie Prozeßbevollmächtigte der Standesherrschaft sei, und eine solche Prozeßvollmacht kann auch nicht vermutet oder daraus gefolgert werden, daß die Standesherrschaft H. schon seit Jahren in allen ihren Rechtsangelegenheiten vor Gericht durch ihre Domanialkanzlei vertreten worden sei. Nach § 58 der IV. VerfBeil. sind die Standesherrn befugt, ein eigenes Kollegium für die Verwaltung ihrer gutsherrlichen Einkünfte unter dem Namen „Domanialkanzlei" anzuordnen. Der § 58 a. a. O. enthält nur eine dem Gebiete des öffentlichen Rechts angehörende Vorschrift, er gibt keine Vorschrift darüber, inwieweit die Domanialkanzlei oder deren Vorstand befugt ist, mit rechtlicher Macht für den Standesherrn zu handeln. Diese Frage ist nach dem BGB. zu beurteilen. Es besteht keine gesetzliche Vorschrift, daß einer Domanialkanzlei weitergehende Rechte zustehen als der von einem Privaten bestellten Vermögensverwaltung, insbesondere enthält § 58 a. a. O. eine solche Ausnahme nicht. Ein Domanialkanzleidirektor ist nichts anderes als ein Gutsverwalter oder der Leiter eines gewerblichen Unternehmens, er hat die Eigenschaft eines Geschäftsführers. Wieweit seine Befugnisse gehen, hängt von den tatsächlichen Verhältnissen ab. Der Domanialkanzleidirektor bedarf also zur Führung eines Prozesses im Interesse seiner Standesherrschaft einer besonderen Vollmacht. Eine solche Prozeßbevollmächtigung hatte das Erkenntnis des Oberappellationsgerichts München vom 28. Juli 1895 im Auge, in dem erkannt wurde, daß der fürstl. Domanialkanzlei zu W. die Befugnis zusteht, das fürstl. Haus Oe. in dessen Rechtsangelegenheiten als Bevollmächtigte vor Gericht zu vertreten; es führte hierzu aus, daß der Umstand, daß bei der Bevollmächtigung einer Domanialkanzlei eine Vereinigung mehrerer Personen als Bevollmächtigte auftritt, ein hierauf abzielendes Mandat nicht unzulässig mache. Es waren hier, wie der Ziff. 4 des Erkenntnisses zu entnehmen ist, die einzelnen jeweiligen Mitglieder der Domanialkanzlei zur Prozeßführung ein für allemal besonders bevollmächtigt. Von einer solchen Prozeßvollmacht kann hier nicht die Rede sein. Dem in der Urkunde vom 27. März 1905 vom Fürsten zu H. zum Domanialkanzleirat ernannten D. ist nur die Leitung der Standesherrschaft Sch. übertragen und nur für die Verwaltung ist ihm Generalvollmacht erteilt. Diese Vollmacht schließt eine Prozeßvollmacht nicht in sich.

Die Angestellten der Domanialkanzlei sind nur Privatbedienstete für die Vermögensverwaltung. Die Häupter der standesherrlichen Familien haben das Recht, nichtstreitige Verlassenschaftsverhandlungen, welche Mitglieder ihrer Familien betreffen, ohne Dazwischenkunft der Gerichte durch ihre Kanzleien erledigen zu lassen, ferner innerhalb ihres Hauses, sofern sie nicht persönlich beteiligt sind, die Vormundschaften zu bestellen (vgl. Seydel, Bayer. Staatsrecht, II. Aufl. Bd. I S. 326 Anm. 47, S. 328 Anm. 57 und 58). Hiernach ist der Kreis der richterlichen Tätigkeit der Domanialkanzleien auf die freiwillige Gerichtsbarkeit beschränkt und ist den Mitgliedern nicht ein für allemal eine Vollmacht zur Vornahme von Prozeßhandlungen eingeräumt. Anders liegt die Sache in der vom bad. Hofgerichte des Seekreises in einer Streitsache gegen die fürstl. Standesherrschaft F. erlassenen Entscheidung. In diesem Erkenntnisse ist mit Bezugnahme auf eine bad. Deklaration vom 12. Dezember 1823 § 73 ausgeführt, daß die fürstl. Standesherrschaft in allem, was auf die Verwaltung ihrer Einkünfte und die Führung der sie betreffenden Rechtsstreitigkeiten Bezug hat, durch ein von der Staatsgewalt bestätigtes Kollegium unter dem Namen „Domanial-Kanzlei" vertreten wird. Allein es handelt sich hier um eine Regelung der Gerichtsbarkeit einer Domanialkanzlei einer Standesherrschaft in Baden. Da es der Klägerin an der Prozeßfähigkeit mangelt, war die Klage abzuweisen. Aus dem Mangel der Prozeßfähigkeit der Klägerin ergibt sich auch die Unzulässigkeit der Widerklage. Nach § 97 Abs. 2 ZPO. könnten dem Beklagten als der mit der Berufung siegenden Partei die Kosten der 2. Instanz ganz auferlegt werden, weil die Einwendung der mangelnden Partei- und Prozeßfähigkeit schon in der 1. Instanz hätte vorgeschützt werden können. Da jedoch der Mangel der Partei- und Prozeßfähigkeit nach § 56 ZPO. von Amts wegen zu berücksichtigen gewesen wäre, so war hiervon abzusehen und es waren die Kosten der beiden Instanzen den durch die Abweisung der Klage und Widerklage im Prozesse unterlegenen beiden Parteien auf Grund des § 91 ZPO. nach Maßgabe der Höhe der von ihnen mit ihren Klagen geltend gemachten Forderungen aufzuerlegen. (Urt. vom 26. März 1907, BR. 249/06).

923 Mitgeteilt von Rechtsanwalt Dr. Geiershöfer in Nürnberg.

Aus der Praxis des bayer. Verwaltungsgerichtshofs.

Verweigerung der Ausstellung des Verehelichungszeugnisses aus zivilrechtlichen Gründen? Nach Art. 31 des HeimatG. darf ein in den Landesteilen r. d. Rh. heimatberechtigter Mann eine Ehe erst eingehen, wenn durch ein Zeugnis der Distriktsverwaltungsbehörde festgestellt ist, daß der Eheschließung ein Einspruchsrecht der Heimatgemeinde (Art. 32) nicht entgegensteht. Die Frage, ob zivilrechtliche Ehehindernisse bestehen, ist — im Gegensatze zum früheren Rechte (Art. 34 des HeimatG. ä. F.) — bei der Ausstellung des Zeugnisses nicht mehr zu prüfen. Die Distriktsverwaltungsbehörden haben sich nicht immer in die ihnen hiernach gezogenen engen Grenzen finden können; sie haben vielfach die seit dem Inkrafttreten des BGB. auf dem Gebiete des Verehelichungswesens eingetretene reinliche Scheidung zwischen bürgerlichem Rechte und öffentlichem Rechte nicht beachtet und dadurch Verwirrung angerichtet. Der VGH. hat jetzt erfreulicherweise in einer Entscheidung vom 18. Februar 1907 (amtl. Sammlung, Jahrg. 1907, 3. u. 4. Lieferung S. 68) unzweideutig ausgesprochen, daß sich die Distriktsverwaltungsbehörde um zivilrechtliche Ehehindernisse nicht zu kümmern hat, und durch diese Entscheidung wieder Klarheit geschaffen. Ein bayerischer Staatsangehöriger hatte in England eine Oesterreicherin geheiratet. Der Eheschließung stand nach dem österreichischen Rechte das sog. Ehehindernis des Katholizismus entgegen (vgl. diese Zeitschrift 2. Jahrg. S. 58, 59). Der Magistrat der Heimatgemeinde verweigerte die nachträglich erbetene Ausstellung des

Verehelichungszeugnisses unter Hinweisung auf die Nichtigkeit der Ehe. Der VGH. erklärte die Weigerung für ungerechtfertigt und führte hierbei u. a. aus, daß durch die nachträgliche Ausstellung des Verehelichungszeugnisses selbstverständlich die nach bürgerlichem Rechte ungültige Ehe nicht gültig werde und auch nicht die heimatrechtlichen Wirkungen einer gültigen Ehe erhalte.

976 — — — — n.

Literatur.

Baligand, Dr. Albert von, Der Ehevertrag. Von der rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät der Universität Würzburg gekrönte Preisschrift. München 1906, J. Schweitzer Verlag (Arthur Sellier). Geh. Mk. 4.50.

Die Arbeit erhebt sich weit über den Durchschnitt dessen, was für gewöhnlich in Dissertationen und Preisschriften geboten wird. Sie ist durchaus keine Kompilation, sondern behandelt den Stoff in ebenso scharfsinniger als gründlicher Weise. von der Pfordten.

Notizen.

Die Eheschließung von Bayern im Ausland und von Ausländern in Bayern. Eingehende neue Vorschriften hierüber enthält die Bek. vom 6. Mai 1907 (JMBl. S. 176). Sie nimmt ihren Ausgang von dem Haager Abkommen über das internationale Eheschließungsrecht vom 12. Juni 1902 (RGBl. 1904 S. 221). Nach dem Art. 1 dieses Abkommens bestimmt sich das Recht zur Eingehung der Ehe in Ansehung eines jeden Verlobten in der Regel nach dem Gesetze seines Heimatstaates. Nach dem Art. 4 des Abkommens müssen die Ausländer durch ein Zeugnis des diplomatischen oder konsularischen Vertreters ihres Heimatstaates oder durch ein anderes Beweismittel dartun, daß den Voraussetzungen des Art. 1 genügt ist, daß also nach dem Rechte ihres Heimatstaates der Eheschließung kein Hindernis entgegensteht. Der Abschnitt I der Bek. vom 6. Mai 1907 enthält Vorschriften über die Ausstellung der Zeugnisse, deren bayerische Staatsangehörige hiernach bedürfen, wenn sie in einem der Vertragsstaaten eine Ehe eingehen wollen (Ehefähigkeitszeugnisse). Diese Vorschriften sollen auch entsprechende Anwendung finden, wenn in Staaten, die dem Haager Abkommen nicht beigetreten sind oder es noch nicht ratifiziert haben (so Oesterreich-Ungarn und Spanien), von bayerischen Staatsangehörigen Ehefähigkeitszeugnisse gefordert werden. Die Ausstellung erfolgt für die in den Landesteilen r. d. Rh. beheimateten Bayern durch die Distriktsverwaltungsbehörde der Heimatgemeinde, für die Pfälzer durch den Staatsanwalt, der die Aufsicht über das Standesamt der Heimatgemeinde führt. Männern, die in den Landesteilen r. d. Rh. beheimatet sind, darf das Ehefähigkeitszeugnis nur nach oder gleichzeitig mit der Ausstellung des distriktspolizeilichen Verehelichungszeugnisses (Art. 31 HeimG.) erteilt werden.

Der Abschnitt II der Bek. enthält Ausführungsvorschriften zu dem Art. 34 HeimG., der auf dem § 1315 Abs. 2 BGB. beruht. Nach Art. 34 haben männliche Ausländer, die in Bayern die Ehe schließen wollen, den Nachweis zu führen, daß 1. der beabsichtigten Eheschließung nach dem Heimatrechte des Mannes Ehehindernisse nicht entgegenstehen, 2. die Eheschließung nach diesem Rechte die gleichen Wirkungen hat, wie wenn sie im Heimatstaat erfolgt wäre, insbesondere für die Uebertragung der Staatsangehörigkeit auf die Frau und die Kinder. Ist der Nachweis geliefert, so hat die Distriktsverwaltungsbehörde des Ortes, an welchem der für die Anordnung des Aufgebots zuständige Standesbeamte seinen Sitz hat, ein Zeugnis des Inhalts auszustellen, daß der Eheschließung ein Hindernis nicht entgegensteht. Der Art. 34 HeimG. wird jedoch durch den Art. 4 des Haager Abkommens eingeschränkt: Von den Angehörigen der Staaten, die das Abkommen ratifiziert haben, darf **nur** der oben unter 1. bezeichnete Nachweis (Vorlegung eines Ehefähigkeitszeugnisses) verlangt werden. Der Nachweis, daß die in Bayern erfolgte Eheschließung die gleichen Wirkungen hat, wie wenn sie im Heimatstaat erfolgt wäre, ist ferner bei den Angehörigen einiger Staaten entbehrlich, bei denen es amtsbekannt ist, daß die Voraussetzungen hierfür vorliegen. Diese Staaten sind in der Bekanntmachung einzeln aufgezählt. Dem Ermessen der Distriktsverwaltungsbehörden ist anheimgestellt, wann sie den durch Art. 34 HeimG. geforderten Nachweis für erbracht ansehen wollen. Jedoch soll in der Regel ein Zeugnis der Heimatbehörde des Ausländers (vgl. hierzu Abschnitt IV der Bek.) gefordert werden, aber auch genügen. Die Ausstellung der Zeugnisse nach Abschn. II erfolgt **erst nach dem Aufgebote** (Abschn. V der Bek.).

Der Abschnitt III der Bekanntmachung enthält Ausführungsvorschriften zu Art. 13 EG. z. BGB. und zu Art. 1 des Haager Abkommens für den Fall, daß eine **Ausländerin** in Bayern eine Ehe schließen will. (Für den Fall, das ein **Ausländer männlichen Geschlechtes** in Bayern heiraten will, waren Vorschriften zu Art. 13 EG. z. BGB. und Art. 1 des Abkommens nicht mehr nötig; sie sind durch die Vorschriften zu Art. 34 HeimG. entbehrlich geworden). Die Ausländerin hat ein Zeugnis der zuständigen Heimatbehörde (Abschn. IV der Bek.) über das Nichtbekanntsein von Ehehindernissen zu erbringen. Es kann Befreiung von der Pflicht zur Vorlegung des Zeugnisses bewilligt werden. Zuständig hierzu ist das Ministerium des Innern und, wenn die Eheschließung in der Pfalz erfolgen soll, das Justizministerium. Die Beibringung der Zeugnisse nach Abschnitt III muß **vor der Anordnung des Aufgebots** erfolgen. (Abschn. V der Bek.).

Abschnitt IV enthält Mitteilungen darüber, welche ausländische Behörden Ehefähigkeitszeugnisse ausstellen, und Vorschriften über die Beglaubigung der Zeugnisse, ferner besondere Anordnungen über die Eheschließung von Griechen und Russen (vgl. hierzu diese Zeitschrift, 2. Jahrg. S. 167).

Die Sonntagsruhe im Apothekergewerbe[1]) wird eingeführt durch eine VO. vom 18. Juni 1907 (GVBl. S. 497), die den § 24 der VO. vom 29. Dezember 1900 (GVBl. S. 1234) ändert und durch die Einfügung eines § 24a ergänzt. Hiernach kann für Orte mit mehreren Apotheken angeordnet werden, daß an Sonn- und Feiertagen oder während bestimmter Stunden an solchen Tagen ein Teil der Apotheken zu schließen ist. Die Anordnung trifft die Distriktspolizeibehörde nach Vernehmung der Apothekenvorstände im Benehmen mit dem Bezirksarzte (§ 24a). Die Vorschrift, daß der Apothekenvorstand oder ein Gehilfe in der Apotheke anwesend sein muß, wird eingeschränkt. Die Apotheke kann an Sonn- und Feiertagen **von 2 Uhr nachmittags** an verlassen werden; doch muß der Vorstand oder der Gehilfe in der Nähe sein, so daß er durch ein Glockenzeichen herbeigerufen werden kann. Den Apothekenvorständen, die keine Gehilfen haben, kann von der Distriktspolizeibehörde gestattet werden, während bestimmter Stunden die Apotheke zu verlassen. Doch muß für die Möglichkeit ihrer sofortigen Benachrichtigung im Falle eines Bedürfnisses gesorgt sein.

[1]) Vgl. diese Zeitschrift, 2. Jahrgang S. 152.

Verantwortl. Herausgeber: Th. von der Pfordten, K. Landgerichtsrat, verw. im Staatsministerium d. Justiz.

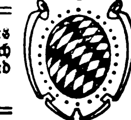
Eigentum von J. Schweitzer Verlag (Arthur Sellier) in München.
Druck von Dr. Franz Paul Datterer & Cie., G. m. b. H., Freising.

Nr. 15 u. 16. München, den 10. August 1907. 3. Jahrg.

Zeitschrift für Rechtspflege in Bayern

Herausgegeben von Th. von der Pfordten K. Landgerichtsrat, verw. im K. Bayer. Staatsministerium der Justiz.

Verlag von J. Schweitzer Verlag (Arthur Sellier) in München, Lenbachplatz 1.



Die Zeitschrift erscheint am 1. und 15. jeden Monats im Umfange von mindestens 2 Bogen. Preis vierteljährlich Mk. 3.—. Bestellungen übernimmt jede Buchhandlung und Postanstalt (Postzeitungsliste für Bayern Nr. 974a).

Redaktion und Expedition: München, Lenbachplatz 1. Insertionsgebühr 30 Pfg. für die halbgespaltene Petitzeile oder deren Raum. Bei Wiederholungen Rabatt. Stellenanzeigen 20 Pfg. Beilagen nach Uebereinkunft.

Der Charakter der Prozeßvergleichswirkung.

Von Universitätsprofessor **Dr. P. Kretschmar** in Gießen.

Zu den Fragen, die sich mit besonderer Hartnäckigkeit der Praxis aufdrängen, und die zugleich ein erhebliches theoretisches Interesse erwecken, zählt die Feststellung der Voraussetzungen und Formen der Anfechtung des Prozeßvergleichs. Sie gehört, wie die Lehre vom Prozeßvergleich überhaupt, dem umstrittenen Grenzgebiet an, auf dem Privatrecht und Prozeß sich begegnen, und teilt mit jener die Nachteile dieser Zwitterstellung. Wie die Betrachtung der prozessualen Seite des Vergleichs überhaupt, hat sie eine mehrhundertjährige Vernachlässigung erfahren: die ungünstige Rückwirkung dieses Umstandes auf die Gesetzgebung tritt noch heute in der Undurchsichtigkeit der einschlägigen Gesetzesbestimmungen zutage. Eine befriedigende Lösung ist nur dadurch möglich, daß auf die Grundfrage eingegangen wird, wieweit bei dem unter prozessualen Formen geschlossenen Vergleich der feststellende und streitabschneidende Erfolg nicht allein auf materiellem Grunde ruht, sondern zugleich durch prozessuale Wirkungen gesichert ist.

Dem Wortlaut der Zivilprozeßordnung und der Nebengesetze allein kann eine zweifelsfreie Erledigung der Hauptfrage, inwieweit dem Prozeßvergleich eine formelle Wirkung auf das Verfahren zukommt, nicht abgewonnen werden; dies zeigt der Zustand der Literatur und das Schwanken der Praxis der höchsten Gerichte mit aller Deutlichkeit[1]). Es müssen vielmehr die Verhältnisse in Rücksicht gezogen werden, welche die Stellung des Vergleichs im Prozesse geschichtlich bedingt haben.

Erst die Einsicht hierein ermöglicht ein unbefangenes Urteil; sie führt zu einer Gesetzauslegung, welche nicht die Worte preßt, sondern berücksichtigt, was im Gesetz unter den Bedingungen seiner Entstehungszeit gesagt werden konnte, und welche Fragen im Dunkeln gelassen werden mußten. Sie eröffnet das Verständnis für die geschichtlichen Einflüsse, welche an den Vergleichsschluß im Verfahren prozessuale Wirkungen geknüpft und sein Verhältnis zum materiellrechtlichen Vergleichsinhalt eigenartig gestaltet haben.

In der in Note 1 aufgeführten Schrift habe ich nachzuweisen gesucht, daß die heutige Stellung des Prozeßvergleichs auf eine doppelte geschichtliche Wurzel zurückgeht. Einmal auf den dem germanischen Recht entstammenden, ursprünglich durch Urteil auferlegten Sühnevertrag, der, nachdem er Elemente der **amicabilis compositio** des kanonischen Rechts in sich aufgenommen, zur Rezeptions-

[1]) Vgl. hierzu einerseits die Literaturübersichten bei Troeltsch, Ueber den Prozeßvergleich im geltenden Rechte 1892/93 S. 35 ff. P. Kretschmar, Der Vergleich im Prozesse 1896 S. 59 ff. Wolf im ArchZivPrax. Bd. 88 (1898) S. 235 ff. Ferner Paul, Der Vergleich im Zivilprozeß (1898) S. 2 ff. Bülow, Geständnisrecht 1899 S. 75 Note 2. Kohler in der ZZP. 29 1901 S. 39 ff. Hedemann, Der Vergleichsirrtum nach dem Rechte des Deutschen Reichs 1903 S. 124 ff. Hegler, Beiträge zur Lehre vom prozessualen Anerkenntnis und Verzicht 1903 S 89 ff. Neuestens R. Schmidt in der Zeitschr. f. Rechtspflege in Bayern 3 Jahrg. 1907 S. 17 und dort Angeführte. Anderseits Entscheidung des LG. Hannover vom 13. 11. 1886 in der ZZP. 12 S. 350 ff., Beschluß des RG. vom 14. 6 1895 JW. 1895 S. 359, Urteil des RG. v. 1. 7. 1896 RGZ. Bd. 37 S. 416 ff., Beschluß des OLG. zu Königsberg v. 25. 3. 1903 Seuff. Arch. Bd. 60 Nr. 133 S. 247, Entsch. des OLG. Dresden v. 11. 5. 1903 Seuff. Arch. Bd. 59 Nr. 97 S. 170 ff., Beschluß des RG. vom 3. 7. 1905 JW. 1905 S. 533, Beschluß des RG. vom 12. 7. 1905 Seuff. Arch. 61 Nr. 94 S 170 ff. Der Wortlaut der Gesetzesbestimmungen läßt besonders deshalb Zweifel übrig, weil die Ausdrücke „Beseitigung", „Erledigung des Rechtsstreits" mitunter auch auf die Fälle des Anerkenntnisses und Verzichts mit angewendet werden (§§ 81, 83, vgl. auch § 160 ZPO.), wo von formeller Erledigung des Prozesses durch den Parteiakt keine Rede ist, diese sich vielmehr an das darauf ergehende Urteil knüpft. Anderseits umfassen sie öfter (§§ 81, 83, 98 ZPO., § 93 GKG.) auch den außergerichtlichen Vergleich, der als solcher gleichfalls die formale Erledigung des Rechtsstreits nicht herbeiführt. Es ist also unrichtig, die Bestimmung des § 93 GKG als entscheidend und nun gar als allein beweisend für die formale Wirkung des Prozeßvergleichs ins Gefecht zu führen, wie dies in einer 1905 erschienenen (Tübinger) Dissertation P. Schenkels geschieht. Am ehesten können noch die §§ 296, 794 Ziff. 1 ZPO. in Verbindung mit §§ 21, 23 GKG., § 13 GO. f. RA. zur Führung dieses Nachweises herangezogen werden, vgl. dazu meine vorstehend angeführte Schrift S. 53 ff.

zeit in vielen Territorien als Ziel eines obligatorischen Sühneversuchs erscheint [2]). Sodann auf die transactio der römischen Quellen. Der italienischen Jurisprudenz des ausgehenden Mittelalters, namentlich den Postglossatoren, fiel die Aufgabe zu, die vielfach gegensätzlichen Auffassungen beider Quellenkreise auszugleichen. Die Natur dieses Gegensatzes läßt sich dahin bezeichnen, daß der Vergleich im klassischen römischen Rechte ein wesentlich materielles Rechtsgeschäft auch dann blieb, wenn er im anhängigen Prozesse abgeschlossen wurde [3]). Die von der Form abhängige Wirkung bestimmte sich nämlich auch hier nach dem materiellen Rechte und differenzierte sich, je nachdem der Vergleich mittelst Aquiliana stipulatio und acceptilatio, oder durch bloßes pactum eingegangen wurde. Und die prozessuale Wirkung formeller Erledigung des iudicium mangelte auch dann, wenn der Vergleich „apud acta“ geschlossen, d. h. vor einer Behörde eingegangen wurde, welche das ius actorum conficiendorum besaß — nicht notwendig einer richterlichen, aber doch auch dieser [4]).

Auf dem gleichen Standpunkt ist das römische Recht auch im Kognitionsprozesse bis zu Justinian verblieben, obgleich hier eine gewisse Tendenz, dem nach Beginn des Prozesses geschlossenen Vergleiche auch prozessuale Wirkungen beizumessen, mitunter sich geltend zu machen sucht [5]) [6]).

Dagegen stand der Sühnevertrag der Parteien im deutschen Rechte von jeher in enger Verbindung mit dem Verfahren. Für das ältere germanische Recht wird dies durch die erwähnte Beziehung zum Urteil, für die Rezeptionszeit dadurch bewiesen, daß die Sühneverhandlung vor dem Richter vielfach als obligatorische Einleitung des Verfahrens erscheint. Vor allem aber wird die durch die Sühne getroffene Feststellung durch eine eminent prozeßrechtliche Folge sichergestellt: Die trotz des Sühnevertrags von neuem angegriffene Partei darf sich „der Antwort wehren“, so daß. wenn sie hiervon unter Nachweis der Sühne Gebrauch macht, es überhaupt nicht zum Sachurteil kommt. Es ist die Idee endgültiger Streiterledigung, die jeden neuen Prozeß ausschließt.

Diese schon in den langobardischen Rechtsquellen nachweisbare prozessuale Auffassung des Sühnevertrags hat die Schriftsteller des kanonischen Rechts und die spätmittelalterliche italienische Prozeßdoktrin überhaupt mächtig beeinflußt. Es wurde nicht nur der prozeßhindernde Charakter der Einrede des Sühnevertrags auf die amicabilis compositio und die transactio übertragen; es wurde vielmehr darüber hinaus alsbald der Schluß gezogen: wie der **vor** der Prozeßbegründung eingegangene Vergleich durch seine Entgegensetzung die Entstehung des Prozesses hindere, so hindere die Geltendmachung des **nach** ihr abgeschlossenen Vergleichs seine Fortsetzung. Bezeichnenderweise waren es zuerst die Kanonisten, die diese Konsequenz des prozessualen Charakters der Sühne für den anhängigen Prozeß entwickelten. Die Legisten wurden stark gehemmt durch die oben erwähnten entgegenstehenden Stellen des corpus iuris. Aber auch bei ihnen zeigt sich das entschiedene Streben, die prozeßbeendigende Wirkung des Vergleichs soweit als möglich auszudehnen. Insbesondere wird dem unter Verzicht auf den Prozeß und auch dem in solenner Form (durch Aquiliana stipulatio und acceptilatio) geschlossenen Vergleich diese Wirkung schließlich allgemein zugesprochen. Beim formlos eingegangenen Vergleiche stieß die gleiche Entwickelung, solange an dem Satze des römischen Rechtes fest-

[2]) Vgl. meinen Vergleich im Prozeß S. 28 ff., 44 ff.

[3]) Im ältesten römischen Prozesse begegnet allerdings ein schon den XII Tafeln bekannter, gesetzlich geordneter, am Eingange des Prozesses stehender Sühneversuch zur Abwendung der Talion. Ist er erfolgreich, so tilgt der technisch als pactum bezeichnete Sühnevertrag den geltend gemachten Anspruch ipso iure. Dieses prozessuale pactum ist aber offenbar sehr bald unter dem Einflusse des ius honorarium durch ein freieres, nicht mehr an die Vornahme in iure gebundenes, außerprozessuales pactum überwuchert worden, dessen Wirkung sich in der Begründung einer exceptio gegen den Klageanspruch erschöpfte. Dieses freiere, nicht mehr als Prozeßhandlung sich darstellende pactum dient später als eines der Mittel zur Eingehung eines Vergleichs. Mancherlei voneinander z. T. erheblich abweichende Ansichten über die Natur des ältesten pactum und sein Verhältnis zum Vergleiche s. bei v. Völderndorff-Waradein, Zur Lehre vom Erlaß 1850 S. 30, 35 ff.; Ihering, Geist des röm. R. I (4) § 11 **a** S. 133 ff.; Bekker, Die Aktionen des röm. Privatrechts 1871 S. 351 ff.; Voigt, XII Tafeln I § 57 S. 563 ff.; Lenel, Edictum perpetuum § 1 S. 24; Bülow, Arch Ziv.Prax. Bd. 83 S. 99 ff.; Oertmann, Vergleich S. 24 ff.; Karlowa, Röm. RGesch. II S. 1389 ff.

[4]) Entscheidend: l. 28 C. de transact. 2, 4 v. Jahr 294 p. Chr., vgl. auch l. 23 § 3 D. de cond ind. 12, 6. Zur ganzen Frage s. meinen Vergleich i. Pr. S. 16 ff.

[5]) Interessant ist die in l. 20 C. de transact. 2, 4 zurückgewiesene Meinung, der Vergleich könne um deswillen angefochten werden, weil er um die zweite Stunde der Nacht geschlossen worden sei. Diese Ansicht stützte sich wohl auf die prozessuale Vorschrift, daß die Gerichtszeit nicht über die 10. Stunde des Tages ausgedehnt sein solle (zu dieser letzteren Bestimmung vgl. v. Bethmann-Hollweg, Röm. Zivilprozeß III § 147 S. 193). S. ferner l. 16, 30 C. h. t. dazu l. 5 C. de re ind. 7, 52.

[6]) Abweichend hiervon ist Paul a. a. O. S. 34 geneigt, dem Vergleich schon im röm. Prozesse prozeßbeendigende Wirkung beizulegen, mit Berufung auf die Kodexstellen, welche von lis finita, quaestio terminata auf erfolgten Vergleichsabschluß hin reden (l. 13, 16, 17, 30, 33, 39 C. h. t.). Demgegenüber ist zu bemerken, daß diese Ausdrücke, besonders auch die am meisten nach der prozessualen Seite gravitierende „lis finita“ in anderen Stellen nachweisbar mit Beziehung auf das materielle, nicht auf das prozessuale Rechtsverhältnis vorkommen: vgl. z. B. l. 13 pr. iud solv. 46, 7: „perinde si forte lis finita fuerit . . . . vel solutione, vel transactione, vel acceptilatione vel quo alio modo“. Die von Paul in Bezug genommenen Stellen können daher gegenüber den in Note 4 aufgeführten, aus denen direkt die prozessuale Einflußlosigkeit des Vergleichs hervorgeht, nicht aufkommen.

gehalten wurde, daß dem bloßen pactum eine Klage nicht entspringe, auf Schwierigkeiten. Man mußte hier dem Kläger, wollte man ihn bei Nichterfüllung des Beklagten nicht schutzlos lassen, gestatten, auf den alten Prozeß zurückzugreifen. Das spätere Eindringen der Lehre von der Klagbarkeit auch der pacta nuda aus dem kanonischen Recht (16. und 17. Jahrhundert) beseitigte diese Schwierigkeit und führte zu immer schärferer Betonung der prozeßbeendigenden Kraft des Vergleichs. So kann als Ergebnis der italienischen Prozeßdoktrin der Satz aufgestellt werden, daß dem in prozessual relevanter Form eingegangenen Vergleiche die Wirkung formeller Beendigung des Verfahrens beigemessen wird. Entsprechend bildete sich die Lehre aus, daß dem vor Gericht eingegangenen Vergleiche mit Rücksicht auf die darin enthaltene confessio Vollstreckbarkeit zukomme.[7])

Die Entwickelung in Deutschland bis zur Justizgesetzgebung wird infolge der Rezeption stark von der italienischen Doktrin beeinflußt. Noch deutlicher als bei dieser tritt aber in Anknüpfung an das ältere deutsche Recht die enge Verbindung des Sühneverfahrens mit dem Prozesse hervor.[8]) Wenn daher auch merkwürdigerweise die Frage der Beeinflussung des iudicium durch den nach der Prozeßbegründung gerichtlich geschlossenen Vergleich von den älteren deutschen Prozessualisten nicht weiter erörtert wird, so ist doch kaum daran zu zweifeln, daß sie auch in dieser Frage mit den Italienern übereinstimmen. Wie diese betonen sie nämlich bei der Charakteristik der Vergleichseinrede scharf die Eigenschaft des Vergleichs „litem finitam“ zu bewirken.[9]) Es ist nicht abzusehen, weshalb sie nicht für den Fall, daß der Vergleich erst nach erfolgter Prozeßbegründung geschlossen wurde, die gleiche Folgerung wie die italienische Doktrin gezogen haben sollten. Bildete sich doch für den gerichtlichen Vergleich (recessus iudicialis) im Laufe des 17. Jahrhunderts eine nach Art des Urteils, nicht der exekutiven Urkunde gestaltete Vollstreckbarkeit aus. Wenn sich also in der älteren deutschen Prozeßdoktrin die erwähnte Frage nicht näher erörtert findet, so dürfte hierfür allein der Umstand verantwortlich zu machen sein, daß seit der Scheidung der Disziplinen im 16. Jahrhundert die Behandlung des Vergleichs im wesentlichen der Privatrechtsdoktrin überlassen wurde und daß infolgedessen die den Vergleich betreffenden Fragen im Prozesse nicht systematisch erschöpfend, sondern nur beiläufig behandelt wurden.[10]) Gerade bei neueren Schriftstellern des gemeinen Prozesses tritt übrigens wieder die Ueberzeugung von der formell prozeßbeendigenden Kraft des gerichtlichen Vergleichs ausdrücklich zutage.[11])

Wenn diese Wirkung nicht unangefochten blieb, so beruht dies darauf, daß im 19. Jahrhundert

[7]) Der quellenmäßige Nachweis dieser Entwickelung ist in meinem Vergleich im Prozesse S. 31—43 gegeben.

[8]) Vgl. z. B. B. Carpzov, Processus iuris in foro Saxonico (1657) Tit. IX Nr. 89 (Ed. V. Lips. 1708 S. 230): „Saepissime porro lite in processu ordinario jam suscepta et pendente, commissio hac fine suscipitur, ut compositio amicabilis inter litigantes etiamnum tentetur et super lite transigatur.“ Ja, noch am Ende des 17. Jahrhunderts wird im Anschlusse an die Vorschrift des § 110 des jüngsten RA. von 1654 in der Literatur die Frage ernsthaft erörtert, ob nicht, wenn der dort vorgeschriebene Sühneversuch unterblieben sei, der ganze Prozeß nichtig und der Beklagte ab instantia zu absolvieren sei? was freilich durchgängig verneint wird; vgl. Ferd. Chr. Harpprecht, De transactione iudiciali (1689) Nr. 51—55 (in den Diss. acad. Vol. I Tüb. 1737 S. 247). Weitere Belege für die nahe Beziehung zum Prozesse in meinem Vgl. i. Pr S. 44 ff.

[9]) Besonders bezeichnend: Mevius, Decisiones pars III dec. 225 (Ed. v. 1675 S 395): „Est ex transactione talis exceptio quae litem finit atque impedit. Ideo ante litis contestationem opponi potest et opposita efficit, ut sine ista actor a limine iudicii statim repellatur. At ita demum, si illa aut notoria sit, vel in continenti liquida fieri et verificari possit . . . Id quod non difficile creditur ubi transactio vel in scriptis inita, vel scripto comprehensa. Tunc enim instrumenti productio in origine vel in copia cum oblatione productionis originalis in hoc servit, ut probatio statim fieri possit.“ Im Hinblick auf das zuvor Erörterte ist es wohl kaum zu kühn, aus der Zusammenstellung „litem finit atque impedit“ zu schließen, daß die lis finita hier im technischen Sinne unmittelbarer Prozeßbeendigung zu verstehen ist.

[10]) Immerhin findet sich gegen Ende des 17. Jahrhunderts eine speziell der „transactio iudicialis“ gewidmete Schrift (sie war mir zur Zeit der Abfassung meiner Arbeit über den Vergleich im Prozesse noch nicht bekannt). Es ist die in der vorigen Note erwähnte Disputatio des Chr. Ferd. Harpprecht von 1689 (über die Disputationen überhaupt in dieser Periode vgl. R. Stintzing, Geschichte der deutsch Rechtswiss. II [1884] S. 28). — Obgleich der Autor stark nach der privatrechtlichen Vergleichsauffassung neigt (er widerspricht in Nr. 133—135 dem von älteren Prozessualisten aufgestellten Satze: „quod transactio quae fit in iudicio intelligatur esse de processu iudicii“), muß er doch in Nr. 238 eine wichtige Besonderheit des von dem Prozeßrichter selbst nach gehöriger Erörterung der Sache vermittelten oder von ihm bestätigten Vergleichs zugestehen. Er soll nicht wie andere (selbst gerichtliche) Vergleiche wegen laesio enormissima angegriffen werden können. Eine ähnliche erhöhte Widerstandskraft des vor dem Prozeßrichter selbst geschlossenen Vergleichs findet sich in der sächsischen Prozeßpraxis anerkannt. Gerichtliche Vergleiche sollen wegen laesio enormis nicht anfechtbar sein, s. Kind, Quaestiones cap. 98 S. 429. Dieser Satz wurde hier streng auf die „transactiones ipso litis iudice auctore factas“ beschränkt, nicht auf extraiudiciales a iudice confirmatas ausgedehnt, vgl. Carpzov, Jurisprudentia forensis P. II const 34 def. 4; Berlich, Decisiones P. II dec. 263 Note 18; Wernher, Selectae observ. forenses P. VI observ. 474. Die Einschränkung der Anfechtbarkeit hatte sich auf dem Wege der Usualinterpretation im Widerspruch mit der Bestimmung der const. 34 p. 2, die sich auf den Vergleich überhaupt bezog, gebildet. Dieser verstärkte Schutz gegen Anfechtung wird damit gerechtfertigt, daß „iudicis autoritas omnem fraudis et laesionis praesumtionem excludit“ vgl. Carpzov a. a. O. (Ed. Lips. 1703 S. 632).

[11]) Vgl. Osterloh, Lehrbuch des gem. deutsch. ordentl. Zivilprozesses 1856 § 16; Renaud, Lehrbuch des gem. deutsch. Zivilprozeßrechts 2. Aufl. 1873 S. 194.

die Verlegung des Schwerpunkts der Vergleichslehre auf das reine Privatrechtsgebiet sogar in noch gesteigertem Maße hervortritt. Mit vollster Deutlichkeit erhellt dies aus Savignys Darstellung der Lehre von den Urteilssurrogaten im System VII §§ 302 ff. S. 1 ff. Savigny spricht dem Vergleiche die Natur eines Urteilssurrogats rundweg ab.[12]) Und prüft man die einflußreichste zivilistische Monographie des 19. Jahrhunderts über die Vergleichslehre, die Rischs, auf diesen Punkt hin, so nimmt man wahr, daß die so stark betonte „judikatmäßige Wirkung" des Vergleichs (§ 21 S. 173 ff., S. 32) lediglich auf zivilistischer Grundlage konstruiert wird. Dies im Einklang mit der in § 6 entwickelten zutreffenden Ansicht, daß das zum Abschlusse des Vergleichs dienende pactum im späteren römischen Recht seinen ursprünglich rein prozessualen Charakter verloren habe und zu einer, wenn auch nur exzeptivisch wirkenden materiellen Aufhebungsart der Obligationen geworden sei (S. 29 ff. a. a. O.).

Wenn nun auch diese Hypertrophie der zivilistischen Vergleichslehre die Auffassung von der prozessualen Wirksamkeit des prozeßgerichtlichen Vergleichs keineswegs völlig verdrängt hat, so kann doch die mangelnde Präzision der heutigen prozeßrechtlichen Bestimmungen und die noch heute in der Praxis wie bei manchen Schriftstellern hervortretende Neigung, den Prozeßvergleich als rein oder wenigstens vorwiegend zivilistisches Geschäft zu konstruieren, hierauf zurückgeführt werden. Demgegenüber ist ein bisher nicht genügend gewürdigter Umstand scharf hervorzuheben: Die Lehre der römischen Quellen von der prozessualen Einflußlosigkeit des Vergleichs, auf welcher jene Doktrin ausschließlich beruht, ist das Produkt einer ganz besonderen, längst überwundenen Prozeßgestaltung. Sie gründet sich nämlich ausschließlich auf die Eigenart des Formularverfahrens, bei welchem der Prozeß getragen wird von der befehlsmäßigen Anweisung des Prätors an den Richter, auf Grund der anzustellenden Untersuchung Sachentscheidung zu treffen. Ueber diese, dem öffentlichen Recht angehörende Verpflichtung des Richters konnte von den Parteien nicht wirksam disponiert werden[13]); daher wirkte auch die confessio in iudicio nicht wie in iure, direkt prozeßbeendigend; daher wird immer wieder betont, daß der Richter unter allen Umständen eine Entscheidung zu fällen habe[14]). Entsprechend war auch eine direkte Wirkung des Vergleichs auf das iudicium ausgeschlossen, während er die Verhandlungen in iure unmittelbar beendete[15]). Diese Anschauung hätte mit dem Verschwinden des Formularprozesses um so mehr preisgegeben werden müssen, als schon vorher die Zulässigkeit anderer Dispositionen über konkrete prozessuale Befugnisse, vor allem der Verzicht auf Rechtsmittel anerkannt war[16]) und als eine fortschreitende Erweiterung solcher Dispositionsbefugnis anfänglichen Bedenken gegenüber wahrzunehmen ist[17]).

Aber die rechtsbildende Kraft war längst versiegt, die wissenschaftliche Entwickelung der Konsequenzen neu auftretender Rechtssätze unterbunden. Das Vorhandene wirkte mit der traditionellen Macht der Gewohnheit. Und hat nicht jene Eigentümlichkeit des Formularprozesses noch in jüngster Zeit einen späten Nachklang in dem Beschluß des Reichsgerichts vom 20. März 1897 (RGE. 39 S. 393) gefunden? — Dagegen hat die Auffassung der Postglossatoren, wenn auch von anderem Ausgangspunkte aus, zu dem Ergebnisse geführt, welches der veränderten prozessualen Lage entsprach und entspricht. Wollte man jetzt noch die direkte Wirkung des in prozessual erheblicher Form geschlossenen Vergleichs auf das Verfahren verneinen, so würde dies den Rückfall in eine seit mehr als 1500 Jahren innerlich überwundene Entwickelungsperiode bedeuten.[18])

[12]) Vgl. S 1, 5, verbunden mit S. 3 und 44 Ziff. 4. Mit Unrecht beruft sich Paul a. a. O. S. 13, 36, vgl. auch S. 83, 84 zur Begründung der Urteilssurrogatsnatur des Prozeßvergleichs auf diese Darstellung. Savigny betont an verschiedenen Stellen, daß zwar der confessio in iure (und zwar nur der unmittelbar den Prozeß abschneidenden confessio in iure, nicht der noch deklaratorisches Urteil fordernden confessio in iudicio) Urteilssurrogatsnatur zukomme, verwahrt sich aber mit der größten Entschiedenheit dagegen, dem Vergleiche als solchem diesen Charakter beizumessen. Nur das gibt er im Hinblick auf l. 22 § 1 D. de donat. 39, 5 zu, daß der confessio gegebenenfalls ein Vergleich zugrunde liegen könne (vgl. S. 3 Note und S. 35). Richtig gegen Paul schon Hegler a. a. O. S. 101. Die Savignysche Auffassung bedeutet also in dieser Lehre gerade wie in seinem Besitze die Restauration des reinen römischen Rechts. Die ganze mittelalterliche, auf den Einflüssen des deutsch-rechtlichen Sühnevertrags beruhende Entwickelung ist in seiner Darstellung ausgeschaltet.

[13]) l. 27 D. de R. I. 50, 17; l. 38, l. 7 § 14 D. de pact. 2, 14.

[14]) l. 74 pr. D. iud 5. 1; l. 3 C. de iud. ped. 3, 3.

[15]) l. 22 § 1 D. de in ius voc. 2, 4; l. 2 pr. D. si quis caut. non obtemp. 2, 11.

[16]) l. 1 § 3 D. quib. app. n. lic. 49, 2; l. 5 § 6 C. de temp. app. 7, 63; l. 5 C. de re iud. 7, 52. Bülow protestiert (Geständnisrecht S. 37 ff.) zweifellos mit Recht gegen die unbedachte Uebertragung privatrechtlicher Grundsätze auf prozessuale Befugnisse. Auch insoweit ist ihm natürlich beizupflichten, daß auf die (abstrakte) Befugnis zur Vornahme prozessualischer Handlungen als Teil der persönlichen Rechtsstellung wirksam nicht verzichtet werden kann. Doch vermag ich ihm darin nicht zu folgen, daß daraus auch die Unzulässigkeit jeder Disposition über die einzelnen (konkreten) im Prozeß erwachsenen Befugnisse hervorgehen soll. Nur muß man sich der öffentlich-rechtlichen Natur dieser konkreten Befugnisse und des insoweit zum Privatrecht vorhandenen Gegensatzes bewußt bleiben, dessen besondere Hervorhebung schon in der Lehre v. d. Prozeßeinreden und Voraussetzungen (mit Bezug auf das Prozeßrechtsverhältniß) Bülow mit Recht für sich in Anspruch nimmt.

[17]) l. 29 pr. C. de pact. 2, 3 (Justinian a. 531); l. 5 § 6 C. de temp. et repar. appell. 7, 63 (Just. a. 529).

[18]) Man mag verschiedener Meinung über den Wert

II.

Kann somit für den heutigen Prozeß als feststehend erachtet werden, daß der unter Beobachtung der prozessualen Voraussetzungen abgeschlossene Vergleich das Verfahren unmittelbar beendet, so bedarf doch diese rechtliche Folge noch einer näheren Begrenzung. Man hat nämlich einerseits die Wirkung des Prozeßvergleichs auf das Verfahren mit der Klagrücknahme identifiziert, anderseits sie bis zur formalen Wirkung des Urteils gesteigert.[19]) Aber zur Zurücknahme der Klage steht der Prozeßvergleichsschluß im Gegensatz. Denn mit jener wollen die Parteien die prozessualen Einwirkungen, welche der Eintritt ins Verfahren auf ihr materielles Streitverhältnis ausgeübt hat, wieder beseitigen; sie lösen ihre Rechtsschutzansprüche aus dem Verfahren los, sie behalten sich die Möglichkeit vor, wegen derselben Streitsache neuen Prozeß zu beginnen. Beim Prozeßvergleiche geht die Parteiabsicht umgekehrt dahin, auf Grund der Ergebnisse des bisherigen Verfahrens ihre Rechtslage definitiv zu ordnen. Denn mit dem Eintritte in den Prozeß verschiebt sich die rechtliche Stellung der Parteien; sie ist nicht mehr rein nach Privatrecht zu beurteilen; sie wird durch den Einfluß des Prozesses, Versäumnis, günstiges oder ungünstiges Ergebnis der Beweisaufnahme, Geständnis und dgl. beeinflußt. Die Parteien aber gestalten ihr Rechtsverhältnis im Prozeßvergleiche unter dem bewußten und gewollten Einflusse der Prozeßlage. Hieraus geht hervor, daß sie den Prozeß zwar beilegen, aber keineswegs seinen Einfluß[20]) auf das materielle Rechtsverhältnis schlechthin beseitigen wollen. In dieser, aber auch nur in dieser Hinsicht besteht ein vollkommener Parallelismus der Prozeßvergleichswirkung zum rechtskräftigen Urteil. Auch für die Natur der Urteilswirkung ist seine Eigenschaft als positiver Abschluß des Verfahrens, d. h. als ein solcher, welcher die Einwirkungen des Prozesses auf das materielle Recht nicht anulliert, sondern bestehen läßt, von entscheidender Bedeutung. Dies geht aus der Gestaltung des Wiederaufnahmeverfahrens hervor. Soweit das rechtskräftige Urteil aus besonderen Gründen angegriffen werden kann, kann dies doch nicht unter Ignorierung der Ergebnisse des früheren Verfahrens geschehen: Das Wiederaufnahmeverfahren führt zur Wiedereröffnung des alten Verfahrens, und soweit der dessen Inhalt bildende Prozeßstoff nicht von dem Mangel betroffen wird, welcher zur Wiederaufnahme führt, bleibt er für das neue Verfahren existent (§ 590 ZPO.). Diese Seite der Rechtskraftwirkung haftet nun offenbar dem Urteil nicht in seiner Eigenschaft als autoritativem Akt der Staatsgewalt an. Sie ist einfach der Ausdruck dafür, daß das Urteil sich als letzter Akt eines Verfahrens darstellt, das schon in seinem Laufe durch die Sammlung und Gestaltung des Prozeßstoffes die Rechtslage der Parteien beeinflußt hat. Genau der gleiche Grund liegt, wie ausgeführt, beim Prozeßvergleiche vor. Daher muß diese Seite der Rechtskraftwirkung, weil sie nichts anderes ist, als die nicht durch Zurücknahme der Klage rückgängig gemachte Beeinflussung des Streitverhältnisses durch die prozessuale Schlußsituation auch in den Prozeßvergleich eingehen. Die Rechtsschutzansprüche der Parteien bleiben also an den Prozeß gebunden. Auch die durch Prozeßvergleich herbeigeführte Beilegung des Verfahrens enthält unter noch näher zu erörternden Voraussetzungen einen positiven Abschluß des Verfahrens in dem Sinne, daß die Infragestellung der geschaffenen Rechtslage nur durch eine besondere, das alte Verfahren wieder eröffnende Anfechtungsklage herbeigeführt werden kann.[21])

geschichtlicher Untersuchungen für das geltende Recht sein; insofern sind sie m. E. stets förderlich, als sie über die zufälligen Erscheinungen des Rechtslebens hinaus den Blick auf die großen Grundzüge der Entwickelung richten und diese im geltenden Recht zu erkennen ermöglichen. Wolf (a. a. O. S. 160) bestreitet, daß mit den von mir angestellten geschichtlichen Untersuchungen etwas für das geltende Recht gewonnen sei; ich überlasse das Urteil dem Leser. Wenn Wolf aber weiter behauptet, ich hätte meine historischen Ausführungen im dogmatischen Teile der genannten Schrift nicht genügend verwertet, so wüßte ich nicht, wie ich den Grundgedanken schärfer hätte betonen können. Dieser geht darauf hinaus, daß für die rechtliche Natur des Prozeßvergleichs seine Stellung im Prozesse entscheidet, wofür wiederum in erster Linie die Frage einer etwaigen direkten Einwirkung auf das Verfahren maßgebend ist. Als Hilfsmittel zur Entscheidung dieser Frage sind die geschichtlichen Untersuchungen angestellt und auch S. 53 verwertet worden.

[19]) Letzteres tut besonders Paul in der Note 1 angeführten Schrift S. 5 ff., 12 ff., 24, 44, 47 in eingehender Ausführung.

[20]) Dieser ist insoweit natürlich nicht zu denken als direkte materielle Umänderung der zivilistischen Rechtsgrundlage; dagegen mit Recht Bülow a. a. O. S. 77; wohl aber als eine Ueberlagerung der zivilistischen Rechtsposition durch die Ergebnisse des im fortschreitenden Prozeßrechtsverhältnis gesammelten Prozeßstoffs. Diese Einwirkung wird m. E. von Bülow a. a. O. zu gering veranschlagt, wenn er, unter Urgierung der Beziehung des Prozeßstoffs zum Urteil die „rein vorbereitende" Wirksamkeit der dem Urteil vorhergehenden Prozeßhandlungen betont. Denn wenn auch die Prozeßhandlungen der Parteien in ihrer Einwirkung auf die rechtliche Lage durch das Urteil (nach der von mir vertretenen Auffassung durch den das Verfahren in positivem Sinne abschließenden Akt überhaupt) bekräftigt werden, so sind sie doch insofern existent, als sie nur unter bestimmten prozeßrechtlichen Voraussetzungen wieder beseitigt werden können.

[21]) In einer bei Seuffert Bd. 59 Nr. 97 S. 170 ff. mitgeteilten Entscheidung vom 11. Mai 1903 behauptet das OLG. Dresden: Genau die gleiche prozessuale Einwirkung auf das Verfahren, wie beim Prozeßvergleiche, könne dadurch erzielt werden, daß die Parteien nach Abschluß außergerichtlichen Vergleichs übereinstimmend zu Protokoll erklärten, der Prozeß habe durch Vergleich sein Ende erreicht. Hieraus ergebe sich, daß für die Beendigung des Prozesses nicht die Beurkundung des

III.

Gegen diese, in der Hauptsache bereits in § 8 meiner oben genannten Schrift entwickelte Auffassung[22]) sind in der Literatur verschiedene Angriffe gerichtet worden. Diese treffen zum Teil nur die besondere Formulierung, in welcher die hier vorgetragene Grundanschauung dort dargelegt worden ist.[23]) Unabhängig davon ist der Einwand Wolfs (Archiv f. d. zivilist. Praxis Bd. 88 S. 216): Der Vergleich sei nicht, wie das Urteil, auf den Gegenstand des Rechtsstreits beschränkt. Es mangele daher an der sicheren Begrenzung, welche die exceptio rei iudicatae wie die exceptio litis pendentis im rechtshängigen Anspruche habe. Soweit ferner prozeßfremde Ansprüche in den Prozeßvergleich hineingezogen würden, könne von der dargelegten Gebundenheit an den Prozeß keine Rede sein. Da nun der Vergleich ein zusammenhängendes Ganzes sei und eine unterschiedliche Behandlung seiner Teile nicht erlaube, da ferner häufig der Prozeßvergleich abgeschlossen werde, ehe sich der Beklagte

---

Vergleichsschlusses selbst, sondern nur seine Anzeige als vertragsmäßige Anerkennung seiner prozessualen Wirkungen wirkliche Bedeutung besitze. Hieraus soll insbesondere folgen, daß die gerichtliche Beurkundung des Vergleichsinhalts keinen weiteren Zweck habe, als eine vollstreckbare Urkunde über den Vergleich herzustellen und daß von einer „Rechtskraftwirkung" des Vergleichs keine Rede sein könne. Ueber den Zusammenhang dieser letzteren Folgerung mit der Prämisse läßt sich das OLG. nicht näher aus, so daß der wahrscheinliche Gedankenzusammenhang nur zwischen den Zeilen gelesen werden kann. Dieser nicht ausdrücklich ausgesprochene Gedankeninhalt scheint mir nun dahin gedeutet werden zu müssen, daß die erwähnte Anzeige nicht anders, denn als Klagrücknahme aufgefaßt werden könne und also auch der prozessualisch relevante Bestandteil des unter Mitwirkung des Gerichts zustande gekommenen Prozeßvergleichs nichts anderes als eine Zurücknahme der Klage sei. Gegen die zwingende Natur dieses Schlusses würde es genügen anzuführen, daß es für die Fernhaltung von Anfechtungsgründen und eine unbefangene Würdigung der bisherigen Verhandlungsergebnisse doch einen recht erheblichen Unterschied macht, ob der Vergleich vor dem Prozeßgericht zustande kommt, oder ohne solche Kontrolle durch bloßen Privatakt. Es kommt aber hinzu, daß die Prämisse des OLG. Dresden innerlich widerspruchsvoll ist. Die Erklärung der Parteien, daß durch außergerichtlichen Vergleich der Prozeß beendet worden sei, ist als tatsächliche Mitteilung von unmittelbar erkennbarer Unrichtigkeit, weil der außergerichtliche Vergleich als solcher den Prozeß nicht beendet. Prozeßbeendigende Wirkung kann ihr nur unter der Voraussetzung beigemessen werden, daß sie in eine Dispositiverklärung umgedeutet wird. Dann besagte sie, die Parteien wollten (jetzt durch ihre Erklärung) von weiterem Prozesse Abstand nehmen, weil sie einen (zivilistischen) Vergleich geschlossen hätten; für diese Dispositiverklärung sänke aber die Mitteilung des außerprozessualen Vergleichsschlusses zur bloßen Anzeige des Motivs der Erklärung herab, wäre also für den Rechtseffekt der Verfahrensbeendigung völlig belanglos. Wenn nun die Anzeige in diesem Sinne als Dispositiverklärung zu deuten wäre (wenn nicht, so bliebe der Prozeß anhängig und ruhte bloß), so wäre in ihr allerdings nichts weiter als eine Klagrücknahme zu erblicken. Aber wegen des völlig anderen Verhältnisses dieser Erklärung zum Vergleichsinhalt wäre jeder Rückschluß auf die prozessuale Natur des unter Mitwirkung des Gerichts das Verfahren zum Abschluß bringenden Prozeßvergleichs unzulässig.

[22]) Im wesentlichen zustimmend hat sich Hedemann, Vergleichsirrtum S. 128 ff. ausgesprochen.

[23]) Ich habe insbesondere die dem Prozeßvergleich vindizierte Seite der Rechtskraftwirkung als „negative Funktion der Rechtskraft" bezeichnet. Hiergegen ist eingewendet worden, eine negative Funktion der Rechtskraft existiere im heutigen Prozesse nicht mehr. So Stein bei Gaupp Note 33 zu § 794 II S. 509 (4). Wolf, Archiv f. d. zivilist. Praxis Bd. 88 S. 214 ff., 243. Der Hauptgrund hierfür wird von dem Wegfall der prozessualen Konsumtion hergeholt. Es kann aber nicht zugegeben werden, daß das Verschwinden der prozessualen Konsumtion notwendig die negative Funktion der Rechtskraft zum Erlöschen bringen mußte. Das Verschwinden der prozessualen Konsumtion wurde herbeigeführt durch das immer dringender werdende Bedürfnis, es zu ermöglichen, das im Streit befangene Rechtsverhältnis den Einwirkungen des Prozesses wieder zu entziehen. Dies konnte nur dadurch geschehen, daß man den Gedanken einer novationsartigen Wirkung der Litiskontestation preisgab. Damit ist aber keineswegs jeder Einwirkung der Prozeßbegründung auf die Streitsache der Boden entzogen worden, im Gegenteil, die an die Stelle der exceptio rei in iudicium deductae tretende exceptio litis pendentis bezeugt eine solche, nunmehr auf rein prozessualem Grunde beruhende. Folgeweise kann diese Einwirkung in den positiven Schlußakt des Verfahrens eingehen, d. h. die Rechtskraft beruht wesentlich mit auf dem Gedanken, daß ein zweiter Prozeß über den zu positiver Sachentscheidung gediehenen Anspruch unzulässig ist. Diese Idee scheint in Wahrheit auch solchen Schriftstellern, welche die negative Funktion der Rechtskraft für das heutige Recht in Abrede stellen, nicht fern zu liegen. Wenigstens vermag ich den Ausspruch bei Gaupp-Stein I § 271 S. 587, daß die Rechtshängigkeit der Klage durch die Rechtskraft des Urteils „absorbiert" werde, in keinem anderen Sinne zu deuten. Daß in dem einen Falle die Einrede als prozeßhindernde gestaltet ist, im andern nicht, ist nicht von entscheidender Bedeutung. Betont man den Unterschied des rechtlichen Charakters dieser Wirkungen im Verhältnis zum alten Konsumtionsgedanken, so sehe ich kein Hindernis, insoweit die Vorstellung einer negativen Funktion der Rechtskraft beizubehalten. Vgl. neuerdings auch J. Chr. Schwartz, Absolute Rechtskraft in der Festgabe für Dernburg 1900 S. 334. Jedenfalls wäre der Streit, soweit die erwähnten Wirkungen anerkannt werden, ein rein terminologischer. Es ist weiter die Verwendung der Theorie des Rechtsschutzanspruchs zur Konstruktion des Prozeßvergleichs beanstandet worden, mit der Bemerkung, daß der Rechtsschutzanspruch sich nur geteilter Anerkennung erfreue (Wolf, Archiv f. d. zivilist. Praxis Bd. 88 S. 216). Nun kann dem Bearbeiter einer speziellen Lehre gewiß nicht angesonnen werden, sämtliche prozessuale Grundfragen, die irgendwie in sein Thema hineinragen, nebenbei mit zu erledigen; er wird seiner Pflicht Genüge tun, wenn er die Erwägungen, die seine grundsätzliche Stellung bedingen, kurz und präzis darlegt; nur muß er dafür Sorge tragen, daß die Konsequenzen des eingenommenen Standpunkts auf seinem Gebiete klar hervortreten. Die gewählte Konstruktion gewährt nun m E. vor allem Vorteile bei der Auffassung des Vergleichs als Vollstreckungstitel; diese Konsequenzen herauszuarbeiten habe ich mir in den §§ 12 und 13 der erwähnten Schrift angelegen sein lassen. Was die neuerlichen Angriffe auf den Rechtsschutzanspruch betrifft (vgl. besonders Bülow, Ztschr. f. deutsch. ZP. Bd 31 S. 191 ff.; Kohler daselbst Bd. 33 S. 211 ff.; Kleinfeller Bd. 34 S. 377 ff.; Degenkolb, Beitr. zum

auf den Prozeß eingelassen, also seinerseits Rechtsschutzanspruch im Prozesse erhoben habe, so sei die ganze Konstruktion unhaltbar.

Hiergegen ist zu bemerken: Prozeßfremde Ansprüche können anerkanntermaßen nur soweit in den Prozeßvergleich hineingezogen werden, als erforderlich ist, um zu einer Einigung über das Hauptobjekt zu gelangen, oder, wie das Urteil des Reichsgerichts vom 17. Mai 1901 (RGE. Bd. 48 Nr. 41 S. 185) dies ausdrückt, als sie „unmittelbar dem Zwecke dienen, den zwischen den Parteien herrschenden Streit durch gegenseitiges Nachgeben zu beseitigen". Die Disposition über das außerprozessuale Rechtsverhältnis wird daher vollkommen dem Prozeßzwecke dienstbar und von ihm ergriffen. Nur soweit diese Beziehung zum Prozeßzweck reicht, ist es zulässig, prozeßfremde Ansprüche in den Prozeßvergleich einzuführen. Denn der Prozeß ist nicht die Stätte selbständiger, vom Rechtsschutzzweck unabhängiger Rechtsgestaltung, duldet vielmehr nur solche Rechtsgeschäfte, die zu dem Zweck der Rechtsvergewisserung des in ihm befangenen Rechtsverhältnisses in Beziehung stehen.[24]) Hiernach kann es gar keinem Zweifel unterliegen, daß die in den Prozeßvergleich eingeführten prozeßfremden Rechtsverhältnisse als Bestandteil des Prozeßvergleichs die diesem eigene, auf prozessualem Grunde ruhende gesteigerte Widerstandskraft gegen Anfechtung erlangen. Von unterschiedlicher Behandlung der Teile des Prozeßvergleichs ist daher auch nach meiner Auffassung keine Rede. Daß ferner in einem Stadium Prozeßvergleich geschlossen wird, in dem der Beklagte noch keinen Rechtsschutzanspruch „erhoben" hat, steht der Annahme nicht entgegen, daß die Bindung des vorhandenen, wenn auch noch nicht geltend gemachten, mit der Wirkung erfolgen kann, daß wegen sachlicher Erledigung des früheren Verfahrens die (angriffsweise) Geltendmachung in einem neuen Verfahren ausgeschlossen ist. Ueberdies muß darin, daß der Beklagte Prozeßvergleich in der Hauptsache schließt, sein Verzicht auf etwaige dispositive Prozeßeinreden gefunden werden, während beim Mangel einer absoluten Prozeßvoraussetzung Prozeßvergleich nicht geschlossen werden soll. Dem Verlangen, daß ein solcher Prozeßvergleich nur bei gültig konstituiertem Prozeßrechtsverhältnis geschlossen werde, ist also Genüge getan; ein Mehr an prozessualen Voraussetzungen zu erfordern ist nicht gerechtfertigt und auch nach meiner Konstruktion nicht erforderlich.

Endlich macht Wolf gegen die Annahme einer nach Analogie der Restitutionsklage das alte Verfahren wieder eröffnenden Anfechtungsklage geltend, daß das Gesetz „nicht die leiseste Andeutung" davon enthalte. Er meint, die Ableitung dieser Konsequenz aus der oben entwickelten Konstruktion verstoße gegen den Satz: „non ex regula ius sumatur, sed ex iure quod est, regula fiat". (S. 217 a. a. O.). — In der Verwerfung einer Methode, welche ohne ausreichende Induktion vorschnell zu allgemeinen Regeln aufsteigt und aus diesen ohne Rücksicht auf das praktische Ergebnis deduziert, weiß ich mich mit Wolf in Uebereinstimmung. Nach den eindringlichen Ausführungen und Warnungen Jherings wird es wenige Juristen geben, die hiermit nicht grundsätzlich einverstanden sind; freilich auch wenige, die nicht wissen, wie leicht gegen die von dem römischen Juristen gegebene Regel, und zwar ohne Bewußtsein von solchem Verstoße, gefehlt wird. Wenn ich den Vorwurf im vorliegenden Falle glaube abweisen zu können, so bin ich mir bewußt, daß gerade

Zivilprozeß besonders S. 25 ff., gegen ersteren Wach in der genannten Zeitschrift Bd. 32 S. 1 ff.), so sind sie m. E. nicht durchschlagend, obgleich sie dargetan haben, daß auch die Lehre vom Rechtsschutzanspruch nicht alle Schwierigkeiten beseitigt, die sich besonders im Falle des empirisch unrichtigen Urteils für das Verhältnis von Privatrecht und Prozeß ergeben. Auf die Einzelheiten dieser Kontroverse braucht nicht eingegangen zu werden; die Stellungnahme in diesem Streite hängt aufs Engste mit der Auffassung zusammen, welche man vom Verhältnis der Rechtsschutztätigkeit des Staates zum unterliegenden Privatrechtsverhältnis hegt. Da hier Fragen der Weltanschauung überhaupt hineinspielen, so ist dieser Streit in gewissem Sinne ewig, er wird, wenn auch abweichend formuliert, stets von neuem hervortreten; und dies ist kein Schade. Denn gerade er drängt dazu, den Einfluß der wissenschaftlichen Grundanschauung auf die einzelnen Rechtsinstitute zur Darstellung zu bringen, wodurch wieder die Weiterentwickelung der Grundauffassung gefördert wird. Uebrigens würde auch derjenige, der einer abweichenden prozessualen Grundanschauung huldigt, nicht verhindert sein, der hier vertretenen Auffassung des Prozeßvergleichs insoweit beizustimmen, als der Prozeßvergleich als positiver Schlußakt des Verfahrens erscheint. Denn dieser Grundgedanke ist von der Verwendung des Rechtsschutzanspruchs zur Konstruktion völlig unabhängig — In einer neueren Doktordissertation (Schenkel, Der Vergleich im Zivilprozeß 1905) wird S. 55 die Vermutung ausgesprochen, daß meine Schrift über den Vergleich im Prozesse „wohl im wesentlichen auf den Wachschen Aeußerungen über den Prozeßvergleich beruhe". Wenn der Verfasser sich damit begnügt hätte, die Einwirkung der von Wach gelehrten prozessualen Grundanschauung auf die dogmatischen Partieen meiner Arbeit festzustellen, so hätte ich keinen Anlaß ihm entgegenzutreten. Wenn er jedoch in verhüllter und unbestimmter Form eine weitergehende Abhängigkeit behauptet, so stelle ich demgegenüber fest, daß das Thema in völliger Selbständigkeit (aus Anlaß eines praktischen Falles) sowohl gewählt als auch ausgeführt worden ist. In der Tat möchte ich wissen, wie aus den gelegentlichen, von mir S. 80 meiner Arbeit aufgeführten Aeußerungen Wachs die geschichtlichen Erörterungen hätten entnommen werden können, die das Fundament meiner dogmatischen Auffassung bilden! Aber auch hinsichtlich der dogmatischen Durchbildung muß ich das mir angedichtete Vermögen, unausgesprochene fremde Meinungen zu ahnen, entschieden zurückweisen.

[24]) Dieser Gesichtspunkt ist auch von entscheidender Bedeutung für die Tragweite der von der Novelle neu eingefügten Bestimmung, welche die Vollstreckbarkeit des zur Beilegung des Rechtsstreits zwischen der Partei „und einem Dritten" abgeschlossenen Vergleichs betrifft.

auf diesem Gebiete die subjektive Ueberzeugung leicht Täuschungen unterworfen ist. Meines Erachtens liegt aber die Sache so: Aus einer Reihe von historischen und dogmatischen Gründen, die aus bestimmten Zeugnissen über die Rechtsentwickelung und aus der Erwägung praktischer Konsequenzen hergeleitet sind, ergibt sich, daß der Prozeßvergleich seinen ursprünglich rein materiell-rechtlichen Charakter verloren hat und eine zur Klagrücknahme im Gegensatz befindliche, im Dienste der Feststellung stehende Einwirkung auf das Prozeßrechtsverhältnis selbst angenommen hat. Diese Auffassung mag man durch Entkräftung der dafür beigebrachten Zeugnisse bekämpfen; man kann ihr aber nicht den Vorwurf machen, daß sie eine aus der Luft gegriffene Annahme sei. Wenn nun aus dieser Gegensätzlichkeit zur Klagrücknahme die Folgerung gezogen wird, daß der Prozeßvergleich hinsichtlich dieser Seite der prozessualen Einwirkung (nicht etwa hinsichtlich der *Voraussetzungen* dieser Einwirkung) dem Urteil parallel gehe, so vermag ich darin keine das Gesetz vergewaltigende Konstruktion zu erblicken. Denn die Konstruktion ist, sofern sie nur auf dem festen Boden des gegebenen Rechts ruht, nicht schon dadurch widerlegt, daß sie zu Ergebnissen führt, die im Gesetz nicht direkt ausgesprochen sind. Sonst wäre mit der Triebkraft, die in der richtigen Konstruktion liegt, jeder wissenschaftliche Fortschritt unterbunden, ja, selbst die Analogie ausgeschlossen.

Eine indirekte Bestätigung für das obige erblicke ich darin, daß Wolf seine eigene Auffassung des Prozeßvergleichs nicht folgerichtig durchzuführen vermocht hat. Denn indem er einerseits in dem prozeßgerichtlichen Vergleich ein Mehr erblicken will, als Vergleich unter Klagrücknahme, andererseits sich nicht dazu entschließen kann, die Folgerungen zu ziehen, die aus dem Charakter des Prozeßvergleichs als eines das Verfahren in positivem Sinne abschließenden Aktes hervorgehen, gerät er (S. 245) in Schwierigkeiten und Unklarheiten. Denn jede Beendigung des Prozesses muß entweder, wie die Klagrücknahme, die Einwirkungen des Prozesses auf das materielle Rechtsverhältnis beseitigen, oder, wie das Urteil, diese Einwirkungen bestehen lassen. Wolf lehnt, wie gesagt, die Gleichstellung des Prozeßvergleichs mit dem unter Klagrücknahme geschlossenen Vergleich ab, d. h. findet in seiner prozessualen Einwirkung mehr oder anderes, als in der Zurücknahme der Klage, schmückt den Prozeßvergleich daher auch mit dem Namen des Urteilssurrogats. Worin aber nun das prozessuale Unterscheidungsmerkmal von dem unter Klagrücknahme geschlossenen außergerichtlichen Vergleich liegen soll, bleibt in völliger Dunkelheit. Denn die Vollstreckbarkeit, die Wolf ins Gefecht führt, ist nicht entscheidend, da sie ja auch der exekutorischen Urkunde zukommt; die „Feststellung des Streitverhältnisses in künftighin maßgebender Weise“ ruht, wenn die prozessuale Einwirkung sich nicht von der Klagrücknahme unterscheidet, auf ausschließlich materiellem Rechtsgrunde, rechtfertigt also nicht die Bezeichnung als Urteilssurrogat. Worin liegt also die Eigentümlichkeit der prozessualen Einwirkung?

IV.

Gegenüber derjenigen Ansicht aber, welche den Prozeßvergleich hinsichtlich seiner feststellenden Kraft unterschiedlos mit dem Urteil auf eine Stufe stellen will, ist mit allem Nachdruck zu betonen, daß nicht nur die materiell-rechtliche, sondern auch die prozessuale Wirkung des Prozeßvergleichs auf seiner Vertragsnatur beruht. Daraus ergibt sich mit unmittelbarer Gewißheit, daß da, wo der im Prozeß geschlossene Vergleich an einem *Nichtigkeitsgrunde* laboriert, die prozessuale Wirkung so wenig eingetreten sein kann, wie die materiell-rechtliche. Die Meinung, daß die prozeßbeendigende Wirkung sich an die bloße äußere Vergleichsform ohne Rücksicht auf das Fehlen wesentlicher begriffskonstituierender Merkmale in der Weise knüpfe, daß wie beim Urteil eine Nichtigkeitsklage erforderlich sei, ist unbedingt abzuweisen.

In tiefer greifender Weise hat es Paul in seiner Schrift über den Vergleich im Zivilprozesse unternommen, die Prozeßvergleichswirkung zu voller Urteilswirkung zu steigern. Er versucht nämlich den Nachweis, daß der prozeßordnungsmäßig zur Beilegung des Rechtsstreits geschlossene Vergleich nach deutschem Prozeßrecht überhaupt zu keinem Teile dem Zivilrecht mehr angehöre, sondern reine Prozeßhandlung und als solche ausschließlich nach prozeßrechtlichen Grundsätzen zu beurteilen sei[25]). Seine Beweisführung baut sich hauptsächlich auf zwei Grundgedanken auf: Es wird zu zeigen versucht, daß der prozeßbeendigende Vergleich von dem Vergleich des Zivilrechts insofern begrifflich verschieden sei, als er weder Bestrittenheit des Rechtsverhältnisses noch gegenseitiges Nachgeben der Parteien erfordere, daß er vielmehr einfach der streiterledigende Vertrag sei. Und es wird, im Anschluß an die Gedankengänge zweier österreichischen Juristen[26]) ausgeführt, daß es unstatthaft sei, die dem Prozeßbetriebe angehörigen Parteierklärungen nach zivilrechtlichen Grundsätzen zu beurteilen.

Für die richtige Beantwortung der Grundfrage ist die Erkenntnis wesentlich, daß der Prozeßvergleich, wenn sich auch seine im Dienste der Feststellung stehenden Wirkungen auf zwei Gebieten, dem des Prozesses und dem des Privatrechts verzweigen, doch ein einheitliches Geschäft ist. In der Abstraktion können diese Wirkungen

[25]) Vergl. besonders S. 6, 9, 41, 44.

[26]) Klein, Die schuldhafte Parteihandlung S. 20 ff., 27 ff.; und Pollak, Gerichtliches Geständnis S. 35, 43 ff., 50. Erneute Billigung hat die Ansicht Pollaks in dem Aufsatze Bunsens „Prozeßrechtsgeschäfte“ (ZZP. Bd. 33 S. 401 ff., 405 ff.) gefunden.

auseinandergehalten werden, in Wirklichkeit, bei dem konkreten Prozeßvergleiche, sind sie untrennbar vereinigt. Die Parteien schließen nicht zwei verschiedene, voneinander unabhängige Verträge, sondern einen einheitlichen, dem nur verschiedenartige Wirkungen entspringen. Beim Prozeßvergleiche müssen ferner bestimmte prozessuale Voraussetzungen und Formen erfüllt sein, die Legitimation zu seinem Abschlusse ist nach Prozeßrecht zu beurteilen; immerhin enthält jeder in der Sache selbst geschlossene Prozeßvergleich nicht nur eine Disposition im Sinne positiver Prozeßerledigung, sondern auch über den materiellen Streitgegenstand, greift also insoweit auch in das Privatrechtsgebiet ein.

Es wäre nun allerdings denkbar, daß das Gesetz die Wirksamkeit der den Prozeßvergleich konstituierenden Erklärungen ausschließlich nach prozessualen Gesichtspunkten beurteilt wissen wollte. Noch mehr: es ist zuzugeben, daß eine solche Anordnung nicht ausdrücklich im Gesetze ausgesprochen zu sein brauchte, sondern auch kraft Analogieschlusses aus anderen Rechtssätzen über einzelne Prozeßhandlungen abgeleitet werden könnte.

Die nähere Prüfung zeigt jedoch, daß eine solche Regelung dem geltenden Rechte fremd ist. Zunächst sind die prozessualen Akte von solcher funktionellen Verschiedenheit (Anträge — Dispositiverklärungen — Wissenserklärungen), daß von vornherein das Bedenken auftaucht, ob ihnen allen gleichmäßig „formaler Charakter" in dem Sinne beigemessen werden kann, daß auf Grund Irrtums oder Willensmängel anderer Art ihre prozessuale Wirksamkeit nicht in Frage gestellt werden kann[27]).

Jedenfalls lehnt das deutsche Zivilprozeßrecht dieses Prinzip, das für die Anträge grundsätzlich berechtigt erscheint[28]), für wichtige, den andern Gruppen angehörige Akte klipp und klar ab. Paul selbst führt hier das Geständnis (§ 290 ZPO.) und die Annahme und Zurückschiebung des Eides (§ 458 ZPO.) auf, sucht aber die hier hervortretende Bedeutsamkeit von Willensmängeln als Ausnahme darzustellen. Es kann aber kaum einem Zweifel unterliegen, daß die für das Geständnis getroffene Bestimmung auch auf Verzicht und Anerkenntnis (§§ 306, 307 ZPO.) analog übertragen werden muß[29]). Ist dem aber so, so ist der Formalcharakter der Prozeßhandlungen gerade bei der Gruppe durchbrochen, welche dem Prozeßvergleich am nächsten steht. Die Idee ist also nicht in solchem Umfange durchführbar, daß sie die Steigerung der Prozeßvergleichswirkung zu voller Rechtskraft ermöglichte.

[27]) Wie Paul S. 6 ff. a. a. O. annimmt.

[28]) Vgl. Klein, Schuldhafte Parteihandlung S. 20 ff., 27 ff., 31, 107.

[29]) Vgl. Paul selbst a. a. O. S. 9 Note 7 und die dort angeführten Schriftsteller; außerdem Degenkolb, Anerkenntnisurteil S. 59 (Leipziger Dekanatsprogramm v. 1902).

Wie es scheint, hat Paul dies selbst gefühlt, denn er sucht die Rechtskraft des Prozeßvergleichs noch auf einen rechtspolitischen Gesichtspunkt zu stützen. In verschiedenen Wendungen taucht der Gedanke auf (vgl. besonders S. 12, 22, 24/25, 44, 47), daß der Prozeßvergleich deshalb vollkommen mit den gleichen prozeßrechtlichen Wirkungen, wie das Urteil ausgestattet sein, also Rechtskraft und Vollstreckbarkeit besitzen müsse, weil er die richterliche Entscheidung zu ersetzen bestimmt sei, und ein vollgültiger Ersatz eben nur unter der erwähnten Voraussetzung zu erzielen sei.

Der Fehlschluß, der hierin liegt, ist schon von Kleinfeller in seiner Rezension der Paulschen Schrift (KrVJSchr. 41 S. 426) aufgedeckt worden. Die Parteien sind nicht gezwungen, einen Prozeßvergleich zu schließen; sie können, wenn sie dies tun, nicht verlangen, daß ihr Parteiakt in jeder Beziehung dem staatlichen Urteilsakt äquivalent sei. Ueberdies steht jeder völligen Gleichstellung des Prozeßvergleichs mit dem Urteil der unüberbrückbare Gegensatz zwischen der Parteidisposition und dem staatlichen Akt entgegen, welchem eine besondere, unübertragbare Quelle autoritativer Wirkung innewohnt.[30])

[30]) Dieses Ergebnis bliebe auch dann bestehen, wenn die Ansicht Pauls als richtig anzuerkennen wäre, daß auf dem Gebiete des Prozesses der Vergleich lediglich streitabschneidender Vertrag sei, ohne daß das Moment der Unsicherheit und des gegenseitigen Nachgebens in Betracht käme. Ueber diese Frage, welche noch eingehender Untersuchung bedarf, soll hier im Vorbeigehen nicht abgesprochen werden. Nur soviel sei bemerkt: Zweifellos war das Moment gegenseitigen Nachgebens dem deutschrechtlichen Sühnevertrage nicht wesentlich. Unter dem Einflusse der zivilistischen Vergleichsdoktrin, welche den technischen Vergleichsbegriff der römischen Quellen schärfer betonte, ist aber dieses Erfordernis allmählich in die gemeinrechtliche Prozeßdoktrin eingedrungen. So akzeptiert in Bayern z. B. schon die Gerichtsordnung vom Jahre 1753 (cap. XVII § 1 Nr. 8) den gemeinrechtlichen Vergleichsbegriff. Auch im Gebiete des Allgemeinen Landrechts gelangten die Begriffselemente des technisch-zivilistischen Vergleichsbegriffs zur Herrschaft. In Sachsen allerdings bestand noch im 19. Jahrhundert über die Frage, ob der Prozeßvergleich gegenseitiges Nachgeben der Parteien verlange, eine Kontroverse. Das Appellationsgericht Leipzig verneinte die Frage, das Oberappellationsgericht Dresden bejahte. Auch in Oesterreich hatte sich nach den von Paul gegebenen Nachweisen (a. a. O. S. 84 ff.) der weitere deutschrechtliche Sühnebegriff erhalten. Dagegen läßt sich die Beugung des Instituts unter die römische Begriffsbestimmung besonders deutlich im französischen Rechte verfolgen. Der code civil art. 2044 sah im Anschluß an Domat bei der Begriffsbestimmung des Vergleichs von dem Merkmale des gegenseitigen Nachgebens ab. Es ist der alte deutschrechtliche Sühnebegriff, den er aufstellt:

„La transaction est un contrat, par lequel les parties terminent une contestation née ou préviennent une contestation à naitre." Die Macht der gemeinrechtlichen Tradition ist aber stark genug gewesen, der Gesetzesdefinition entgegen den technischen gemeinrechtlichen Begriff wieder zur Herrschaft zu bringen. (Ueber die Geschichte der Kontroverse im franz. R. vgl. Dumé Kendjiro, De la transaction III S. 7 Note 2 und 3).

Die Gesetzgebung fand als herrschend auch auf prozessualem Gebiete das Moment der Entgeltlichkeit

Da hiernach weder ein spezifischer Formalcharakter, noch urteilsgleiche Rechtskraft für den Prozeßvergleich anzunehmen ist, so bleibt nur die Annahme übrig, daß die Anfechtungsgründe aus dem materiellen Rechte zu entnehmen sind. Das Prozeßrecht hätte die Anfechtungsgründe des Prozeßvergleichs besonders regeln können, etwa ihren Kreis, wozu nach den Nachweisen in Note 10 die frühere gemeinrechtliche und sächsische Prozeßpraxis neigte, dem materiellen Rechte gegenüber einschränken können. Es hat dies aber nicht getan, sondern die materiell-rechtlichen Anfechtungsgründe auch für sein Gebiet rezipiert.

(Schluß folgt).

Zur Lehre vom Rechte der Persönlichkeit.

Von **Ludwig Kunkel**, Rat am Obersten Landesgerichte.

(Schluß).

In einem hochinteressanten Aufsatze[1]) hat Gareis die Frage erörtert, „ob es dem dichtenden Schriftsteller gestattet ist, wirkliche Personen, sie seien lebend oder tot, und zugleich wirkliche Begebenheiten, in denen jene auftreten, zu schildern, ohne sich einer Verletzung des Persönlichkeitsrechtes schuldig zu machen". Die Erörterung führt ihn zu dem Ergebnis, daß eine solche „künstlerische" Schilderung der Person oder einer Begebenheit, in der sie eine Rolle spielte, gestattet sein müsse, unter der Voraussetzung, daß die Schilderung nicht das unter allen Umständen zu schützende Rechtsgut der Ehre verletzt.[2]) Er geht dabei von der Annahme aus, daß, was nicht verboten, erlaubt sein müsse. Schon diese Annahme dürfte nicht ganz unbedenklich sein, obwohl sie als gemeinhin gültiger Grundsatz hingenommen wird. Besser wäre vielleicht zu sagen: Erlaubt ist, was

vor. Da jedoch nichts hindert, dieses Begriffsmerkmal bei dem gerichtlich geschlossenen Vergleiche durch Aufgabe prozessualer Rechte für erfüllbar anzusehen, so liegt schon darin eine dem dringendsten praktischen Bedürfnis gerecht werdende Erweiterung dem materiellen Vergleichsvertrage gegenüber.

Sollte aber der Vergleichsbegriff auf prozessualem Gebiete in der Tat von jenen beschränkenden Begriffsmerkmalen des zivilistischen Vergleichs frei sein, so würde dies noch nicht zu dem Schlusse berechtigen, daß er nicht denselben Anfechtungsgründen wie der rein zivilistische Vergleich unterliege. Freilich ist, wie aus Note 10 ersichtlich, in früheren Zeiten ein Anfang gemacht worden, die Kraft des Prozeßvergleichs durch Einschränkung der Anfechtungsgründe dem zivilistischen Vergleich gegenüber zu erhöhen. Dieser Ansatz aber ist insoweit ohne Fortgang geblieben, der Fall selbst im heutigen Rechte veraltet.

[1]) DJZ. IX 1904 S. 22 ff. Gareis darf — neben Kohler — das Verdienst in Anspruch nehmen, der Hauptförderer der Lehre von dem Persönlichkeitsrechte geworden zu sein.

[2]) Ein in diesem Sinne von dem Pariser Zivilgericht I. Instanz am 31. Oktober 1902 erlassenes Urteil ist abgedruckt in der Zeitschrift für deutsches bürgerliches Recht und französisches Zivilrecht Bd. 34 S. 432 ff.

man nach Recht und Sitte zu tun befugt ist. Man darf eben doch — vom moralischen wie vom rechtlichen Standpunkte aus — nicht alles tun, was zu tun nicht ausdrücklich verboten ist. Ein solcher Grundsatz würde jedenfalls besser dem gegensätzlichen Begriff des Unrechts der injuria im Sinne des entwickelten römischen Rechtes entsprechen.[1])

Es lassen sich doch Fälle denken, in denen objektiv betrachtet — und nur auf eine Betrachtung solcher Art kommt es bei dem absoluten Persönlichkeitsrechte zunächst an — eine Verletzung dieses Rechtes vorliegt, ohne daß der Tatbestand einer Beleidigung (StGB. §§ 185, 186, 187, 189; BGB. §§ 823 Abs. 2, 824) faßbar ist. Gareis will den Dichter als „Künstler" im weitesten Umfang schützen. Es ist aber doch auch zu beachten, daß weder das bisherige noch das künftige Recht (Kunstschutzgesetz § 22) hinsichtlich des Rechtes am eigenen Bilde unterschied und unterscheidet, ob die Verbreitung in ehrverletzender Art erfolgt oder nicht. Die Analogie liegt sehr nahe: ob die Person durch ein Dichtwerk oder durch ein Werk der bildenden Kunst oder der Photographie ohne ihre Einwilligung öffentlich dargestellt, bzw. die Grenze der Einwilligung überschritten wird, kann rechtlich eine Unterscheidung nicht begründen.

Wenn schon im Mißbrauch unseres Namens eine Rechtskränkung liegt,[2]) so enthält eine solche „dichterische" Behandlung der Person, die ohne deren Einwilligung erfolgt, sicher ihre Verletzung, „in dem, was sie ist" (Jhering): einen Fall der sog. indirekten Injurie. Woraus soll denn der Dichter sich das Recht herleiten, eine bestimmte Person zum Gegenstande eines Romans, einer Novelle, eines dramatischen Werkes zu machen? Gareis erkennt an, daß auch der Künstler dem Persönlichkeitsrechte gegenüber nicht privilegiert ist, daß die geltenden Normen über den Schutz der Ehre ungenügend sind, daß der Beleidigungsparagraph elastischer Natur ist und daß deshalb der Richter nicht gebunden sein darf, in der Beurteilung dessen, was für ehrverletzend zu halten sei,[3]) endlich daß nach dem geltenden Gesetz der Tote zwar gegen Verleumdung, aber nicht gegen Beleidigung geschützt ist. In sehr vielen Fällen solcher „dichterischer Behandlung" wird die geschilderte Person doch nicht ohne Schädigung ihres Ansehens aus der Schilderung davongehen, auch wenn dem Dichter eine beleidigende Absicht nicht nachzuweisen ist, der Tatbestand einer Beleidigung nicht vorliegt, z. B. nur eine komische Wirkung

[1]) Injuria eo dicta est, quod non jure fiat, omne enim, quod non jure fit, injuria fieri dicitur. l. 1 pr. Dig. 47, 10.

[2]) Dernburg, Pand. 7. Aufl. Bd. 2 § 137 Anm. 6: siehe auch Kohler, ArchfBR 5, 83.

[3]) Der Ehrbegriff reicht auf dem Gebiete des Zivilrechts überhaupt weiter als auf dem strafrechtlichen. v. Blume im „Recht" 1903 S. 115.

durch die Schilderung von eigenartigen, aber an sich nicht ehrwidrigen Charaktereigenschaften, Lebensanschauungen oder Lebensgewohnheiten bezweckt ist. Ob dabei die Person mit Namen genannt oder nur in einer für gewisse Kreise des Publikums erkennbaren Weise dargestellt ist, macht keinen Unterschied. Auch in letzterem Falle gilt der Satz: „pro denominatione fungitur demonstratio“.[1])

Was hier vom „Dichter“ als Künstler gesagt ist, gilt aber nicht ohne weiteres auch von jedem anderen Schriftsteller, insbesondere nicht vom Historiker. Dieser ist bei seinen Schilderungen von der Zeitgeschichte oder der Vergangenheit angehörenden Personen zur objektiven, d. h. wahrheitsgemäßen Darstellung so berechtigt wie verpflichtet. Er darf also auch Charaktereigenschaften der geschilderten Personen, die diese in einem ungünstigen Lichte erscheinen lassen, aber doch auch nur in unverletzender Form darstellen. Die Wahrung des berechtigten Berufsinteresses schützt ihn und zwar nicht bloß gegenüber dem Strafgesetz.

Ferner kommt in Betracht das Recht des Gemeingebrauchs an öffentlichen Sachen. Da die Gesetze bestimmte Rechte jedermann gewähren (Gehen und Fahren auf öffentlichen Wegen und Plätzen, Gebrauch öffentlicher Gewässer[2]) usw.), so fragt es sich, ob durch die Ausübung eines solchen Rechtes ein Persönlichkeitsrecht geltend gemacht wird. Die Antwort auf diese Frage ist um deswillen nicht ganz unzweifelhaft, weil bis in die neuere Zeit herein in der Theorie über die rechtliche Natur des Gemeingebrauchsrechtes ein Streit bestand, indem es vielfach auch nur als ein besonders geartetes dingliches Recht aufgefaßt wurde. Beachtet man aber, daß das Gemeingebrauchsrecht nicht durch Privatrechtstitel erworben wird, auch nicht übertragbar ist, so zeigt sich seine Wesensgemeinschaft mit dem Persönlichkeitsrecht. Auch die Anhänger der Meinung, daß es sich nur um ein eigenartiges Individualrecht an Sachen handelt, müssen diese Verschiedenheit im Wesen beider Arten von Rechten zugeben; sie erkennen auch an, daß zum Schutze dieses Rechtes „Aller“ oder „eines jeden“ ein Klagerecht gegenüber Verhinderung oder Beeinträchtigung seiner Ausübung gegeben sein muß.

Da die römisch-rechtlichen Popularinterdikte — wenigstens nach der herrschenden Meinung — unpraktisch geworden sind, behalfen sich die gemeinrechtliche Theorie und Praxis auch hier im Hinblick auf dig. 43, 8 l. c. § 9 mit der actio injuriarum generalis.[1]) Wie man heutzutage das Schutzmittel qualifizieren will, ist nebensächlich; entscheidend ist nicht, wie das Klagerecht zu bezeichnen ist, sondern daß es überhaupt besteht. Was vom Gemeingebrauchsrecht im eigentlichen Sinne gesagt ist, wird man unbedenklich auch auf das jedermann, sei es auch nur gegen Entgelt, gestattete Recht zum Besuche öffentlicher Anstalten usw. erstrecken dürfen.

Weiter drängt sich die Frage auf, ob das Persönlichkeitsrecht sich auch dadurch geltend machen kann, daß der Mensch über seinen Körper oder über einzelne Teile seines Körpers verfügt. Die ältere und die neuere auf Grund des BGB. gebildete Rechtslehre.[2]) stimmen dahin überein, daß der Körper des Menschen nicht Objekt einer rechtsgeschäftlichen Verfügung sein kann, da er nicht eine Sache, nicht Gegenstand im Sinne von § 90 des BGB. ist. So wenig der Mensch durch Rechtsgeschäft seiner Persönlichkeitsrechte sich völlig entäußern kann, ebensowenig kann er mit Rechtswirksamkeit über sein körperliches Substrat verfügen, selbst wenn dies unentgeltlich geschehen würde, weil auch eine solche Verfügung immerhin noch gegen die guten Sitten verstoßen würde.

Eine ganz andere — entschieden zu bejahende — Frage dagegen ist es, ob das Persönlichkeitsrecht des Menschen insoweit sich geltend machen darf, daß er, soweit nicht Prohibitivgesetze entgegenstehen, über seinen künftigen Leichnam nicht nur in Ansehung der Bestattungsart, sondern auch in sonstiger Hinsicht, durch Zuwendung des toten Körpers oder einzelner Körperteile (z. B. Abnormitäten) an wissenschaftliche Institute, Sammlungen usw. in einer für die Erben verbindenden Weise verfügen kann. Wenn es auch zurzeit an positiven Normen darüber fehlt, ist doch anzuerkennen, daß letztwillige Verfügungen dieser Art, aber auch Verfügungen unter Lebenden (z. B. in Ansehung abgetrennter Körperteile oder ausgeschiedener Fremdkörper [„Sachen“] nach erfolgten Operationen), wenn und insoweit die Verfügung nach ihrem sonstigen Inhalt nicht gegen den auch nach der Rechtsordnung zu wahrenden sittlichen Anstand verstößt, rechtswirksam und deshalb auch von den Erben zu respektieren sind. Daß es sich auch hier nur um eine Wirkung oder Fortwirkung des Persönlichkeitsrechtes handeln kann, ist nicht zu bezweifeln. Ob man — vom Standpunkt der Theorie aus — gezwungen ist, als Grundlage dieses Verfügungsrechtes ein „Eigentum der

[1]) Nomina enim significandorum hominum gratia reperta sunt; qui si quolibet alio modo intelligantur nihil interest. Inst. II, 20 § 29.

[2]) Allgem. Preuß. LR. II, 15 § 44 und die Wassergesetze von Baden: 26. Juni 1899 § 12; von Württemberg: 1. Dezember 1900 Art. 16; von Bayern: 28. Mai 1852 Art. 9; 23. März 1907 Art. 26.

[1]) Ihering a. a. O. S. 270 ff.; Regelsberger a. a. O. § 113 II, VI § 114; Becker, System des heut. PandR. I § 78 S. 341, 342, der noch ganz richtig bemerkt, daß das Gemeingebrauchsrecht zwar einen Geldwert haben kann, aber doch nicht Vermögensrecht ist.

[2]) Besonders belehrend: Gareis, Das Recht am menschlichen Körper. Festgabe für J. Th. Schirmer, Königsberg 1900 S. 61—100; Josef, Das Recht am Leichnam. BayZfR. 1, 122; Frhr. v. Schwerin, BlfRA. 70, 653 ff.; Petrakakos A., Die Toten im Recht 1905.



Person an ihrem Körper" („Eigentum seiner selbst??") anzunehmen,[1]) kann dahingestellt bleiben. Es genügt, festzustellen, daß der Körper der Person nicht in fremdem Eigentum steht, daß überhaupt kein anderer zur Verfügung über ihn befugt ist.

Weitere Frage: Fällt auch die sog. „Erfinderehre", d. h. ein Recht des Erfinders als solchen, ohne Rücksicht auf etwaigen Anspruch auf Patent-, Muster- oder Modellschutz in den Kreis der Persönlichkeitsrechte?[2]) Versteht man unter der „Erfinderehre" nur den moralischen Anspruch des Erfinders auf Anerkennung seiner „Erfinderschaft", d. h. des geistigen Vorzugs in Ansehung einer Erfindung, so würde die bloße Bestreitung dieses Vorzugs eine Mißachtung der Persönlichkeit oder gar einen verletzenden Eingriff in das Rechtsgut der Ehre jedenfalls nicht enthalten. Von der Verletzung eines anderen Rechtsguts könnte überhaupt nicht die Rede sein. Ist aber die Erfindung schon zur Eintragung angemeldet, so ist — wenigstens in bedingter Weise — auch schon ein Urheberrecht erworben und es kann sich dann nur noch um einen Streit über die Neuheit oder die Priorität der Erfindung handeln. Dieser Streit betrifft dann aber schon die Existenz des Urheberrechts, nicht eines absoluten Persönlichkeitsrechts. Versteht man dagegen unter „Erfinderehre" nur das berechtigte Interesse des Erfinders, daß sein Name als der des eigentlichen Urhebers der geschützten oder zu schützenden Erfindung nicht unbekannt bleibe, sondern gleichzeitig mit der Bekanntmachung der Anmeldung oder der Patenterteilung bekannt werde, so fehlt es im geltenden Recht an jeder Norm zur Gewährung eines Anspruchs gegenüber dem Anmelder oder Inhaber des Rechtes. Dafür, daß ein solcher Anspruch dem Erfinder gewährt werde, sprechen de lege ferenda allerdings wichtige soziale und ethische Gründe, auch erhebliche Billigkeitsrücksichten. Es würde sich dann aber offenbar auch um einen affirmativen Anspruch handeln, nicht bloß um einen negatorischen, wie er bei Verletzungen von Persönlichkeitsrechten im Vordergrunde steht.

Endlich ist noch zu erwähnen das dem Namenrechte verwandte „Wappenrecht", das sehr häufig mit einem adeligen Namen und Titel verbunden ist, aber auch nichtadeligen Personen zustehen kann.

Auch das Wappenrecht ist „in seinem Kern" ein „Persönlichkeitsrecht"[1]), wenn auch bei seiner Darstellung nicht selten sachenrechtliche Gesichtspunkte eingemengt werden.

Mit den vorangeführten Aeußerungen des Persönlichkeitsrechtes soll dessen Anwendungsgebiet selbstverständlich nicht begrenzt sein. „Jedenfalls erschöpfen die in feste Formen gegossenen Persönlichkeitsrechte nicht den an sich hierfür geeigneten Stoff. Zur Ausfüllung der Lücken muß da, wo das Rechtsbewußtsein der Gegenwart dies heischt, auf das allgemeine Recht der Persönlichkeit zurückgegriffen werden."[2])

Ob nun der Eingriff in das Persönlichkeitsrecht widerrechtlich ist, darüber entscheidet in erster Linie nur der Wille der Person, in deren Persönlichkeitssphäre eingegriffen wird, da ihre Einwilligung in die an sich verletzende Handlung dieser den Charakter der Widerrechtlichkeit benimmt. Der Verletzte selbst muß übrigens die Handlung als Mißachtung seiner Persönlichkeit zu empfinden imstande sein und empfunden haben. Ohne oder gar gegen den Willen des willensfähigen Verletzten wird also das Recht nicht verfolgt werden können. Wie nun, wenn der Verletzte geschäftsunfähig oder in seiner Geschäftsfähigkeit beschränkt ist? Soll der gesetzliche Vertreter die Verletzung geltend machen können, auch wenn es sich nicht um Wahrnehmung von Vermögensinteressen handelt? Und welcher Wille ist entscheidend, wenn z. B. der in der Geschäftsfähigkeit Beschränkte (Minderjährige) die Einwilligung erteilt ohne Zustimmung des gesetzlichen Vertreters? oder wenn für den Geschäftsunfähigen (Geisteskranken) oder für den in der Geschäftsfähigkeit Beschränkten ohne dessen Zustimmung die Einwilligung vom Vertreter erteilt worden ist, nach Erlangung oder Wiedererlangung der Geschäftsfähigkeit aber der Vertretene die Einwilligung widerruft, die Vornahme der weiteren Handlungen untersagt, die — an sich betrachtet — Verletzung des Persönlichkeitsrechts sind? Ist die einmal erteilte Einwilligung überhaupt für alle Zeit („vertraglich") bindend, insbesondere auch dann, wenn sie unentgeltlich erteilt ist? Diese Fragen wurden bisher im allgemeinen gar nicht, sondern nur bei Gelegenheit der Erörterungen über das Recht am eigenen Bilde, aber auch dort nicht erschöpfend behandelt. Gareis hält im allgemeinen den Willen des Vertreters für entscheidend;[3]) Ricca-Barberis dagegen grundsätzlich den Willen der Person, die Träger des Persönlichkeitsrechtes ist.[3]) Der § 22 des Gesetzes vom 9. Januar 1907 schweigt über diese Fragen;

[1]) Petrakakos a. a. O. § 52 S 229 ff., wo auch die meisten anderen einschlägigen Streitfragen eingehend erörtert werden.

[2]) Schanze, O, Die Erfinderrechte und ihr rechtlicher Schutz 1906 S. 96 ff, 121 ff. Schanze empfiehlt de lege ferenda einen ausgiebigen Schutz der Erfinderrechte durch Gewährung konfessorischen und negatorischen Anspruchs nach dem Vorbild der französisch-rechtlichen Praxis (S. 98).

[1]) Gierke, DPrR. Bd 1 S. 730 und in der kritischen Anzeige von Hauptmann „Das Wappenrecht" 1896 Jurist. Literaturblatt X, 181.

[2]) Gierke, DPrR. I, 704, 705.

[3]) Verhandlungen des 26. Deutschen Juristentags (1902) Bd. 1 S. 17.

[4]) Sulla capacità a disporre dell' immagine. Milano 1904 p. 7 squ.

Rechtslehre und Rechtspflege haben also allen Anlaß zu ihrer weiteren Erörterung und Klärung.

Man wird annehmen dürfen, daß der Verzicht auf die Geltendmachung des Persönlichkeitsrechtes, der in der Einwilligung in den Eingriff enthalten ist, jederzeit widerrufen werden kann und daß dieser Widerruf dem Konzessionär gegenüber wirksam ist, ein Klagerecht zur Erzwingung der weiteren Gestattung der einmal erlaubten Handlungen für ihn nicht besteht, unbeschadet seines Rechtes, beim Vorliegen eines gültigen Vertrags sein Interesse geltend zu machen, d. i. Schadensersatz zu fordern.[1]) Vereinbarungen, durch welche die Geltendmachung des Persönlichkeitsrechtes beschränkt wird, finden ihre Schranke nicht bloß in § 138 BGB., sondern in der eigenen Natur dieses obersten Rechtes der Person.[2])

Eine allen Arten des Persönlichkeitsrechtes gemeinsame wesentliche Eigenschaft ist die Unveräußerlichkeit des Rechtes. Es ist an die Person gebunden, so daß es weder durch Rechtsgeschäft übertragen werden,[3]) noch Gegenstand der Vererbung sein kann. Auch wenn, was ja im allgemeinen zulässig ist, die Einwilligung der Person zu der Handlung, die ohne diese Einwilligung eine Verletzung des Persönlichkeitsrechtes sein würde, gegen Entgelt erteilt wird, liegt doch eine Veräußerung des Persönlichkeitsrechtes nicht vor. Gerade in diesem Punkte zeigt sich der charakteristische Unterschied zwischen dem sog. absoluten Persönlichkeitsrechte und den von Gierke u. a. ihm angereihten Persönlichkeitsrechten im weiteren Sinne, d. h. den Urheberrechten, da es zum Wesen dieser gehört, daß sie wirtschaftlich verwertbar, veräußerlich und vererblich sind. Man täte deshalb auch besser, diese Gleich- und Nebeneinanderstellung der beiden so sehr verschiedenen Arten von Rechten gänzlich zu unterlassen, da sie nur irreführend ist.[4])

So hat z. B. das in § 11 Abs. 1 Satz 2 des Literaturschutzgesetzes vom 19. Juni 1901 angeführte Recht zur ausschließlichen Mitteilung des Inhalts des Schriftwerks mit dem Begriff des Urheberrechts so wenig zu schaffen wie der § 22 des KunstschutzG. vom 9. Januar 1907 mit dem Urheberrecht an einem Werke der bildenden Kunst oder der Photographie.

Das Persönlichkeitsrecht erlischt grundsätzlich mit dem Tode der Person. Dies schließt aber nicht unter allen Umständen aus, daß es nach seinem Erlöschen eine Zeit hindurch noch seine Wirkung äußern kann. Das Namenrecht zwar, wohl auch das Wappenrecht und das Gemeingebrauchsrecht können eine solche Fortwirkung nicht äußern. Die Anmaßung des Namens oder des Wappens des Gestorbenen kann zwar auch noch Anlaß zur Klage geben; dann wird es sich aber nur um einen Streit wegen Verletzung von Familienrechten (Verwandtschaftsverhältnis, Zugehörigkeit zu einer bestimmten Familie) lebender Personen handeln. Dagegen ist bei der Verletzung anderer Persönlichkeitsrechte (unbefugter Abbildung,[1]) Verbreitung oder Zurschaustellung des Abbildes, literarischer Behandlung, Veröffentlichung von Briefen) ein solches Fortwirken des Persönlichkeitsrechtes sehr wohl denkbar, weil ein erhebliches Interesse gewisser Personen an ihm besteht und auch insoweit also ein Schutz noch erforderlich ist (s. z. B. KunstschutzG. § 22 Satz 3). In diesen Fällen handelt es sich aber gleichwohl nicht um einen Erbfall, um einen Uebergang des Persönlichkeitsrechtes auf die Erben, weil eben nicht ein Vermögensrecht übergeht (BGB. § 1922). Die Schutzrechte, insoweit sie nach dem Tode der Person noch fortbestehen sollen, können also nie vom Erben als solchen, sondern nur von den Personen geltend gemacht werden, die ihm im Leben am nächsten standen, mit ihm durch Familienbande verbunden waren und die deshalb ein zu schützendes Interesse an dem Fortwirken des Persönlichkeitsrechtes des Gestorbenen haben. Diese Personen — „Angehörige" — werden freilich in den meisten Fällen auch Erben sein. Für die Entscheidung darüber nun, wie weit der Kreis dieser Schutzberechtigten zu ziehen ist, fehlt es an allgemein gültigen Normen, ebenso an einer communis opinio. Doch dürften immerhin Bestimmungen, wie sie im StGB. § 52, KunstschutzG. § 22 Satz 3 gegeben sind, Anhaltspunkte für die Beurteilung bieten.

Auch hinsichtlich der Dauer der Schutznachfrist fehlt es an solchen Normen. Jedenfalls muß auch das Persönlichkeitsrecht, wie jedes andere Recht sein Ende, seine Grenze am Interesse finden, mit dem Zwecke endigen, für den es von der Rechtsordnung gegeben ist (Jhering). Der Richter wird also, soweit gesetzlich bindende Vorschriften fehlen, die Zeitgrenze, über welche hinaus ein Schutz nicht mehr zu gewähren ist, unter Würdigung aller Umstände des Einzelfalles — einerseits mit Rücksicht auf die Bedeutung der Persönlichkeit des Gestorbenen, die soziale Stellung, die er im Leben einnahm, den Ruf, den er genoß usw., anderseits mit Berücksichtigung des Interesses der Allgemeinheit zu bemessen haben. Dies gilt insbesondere in Ansehung der Frage, von welcher Zeit an die Veröffentlichung von Briefen, Tage-

[1]) Kohler, Eigenbild im Recht S. 23 (Negatives Vertragsinteresse?) u. Ricca-Barberis l. c. p. 14, 15 (Erfüllungsinteresse).

[2]) Dies gilt namentlich auch für den Dienstvertrag zwischen dem Künstler und der Modellperson.

[3]) Keine Ausnahme von diesem Grundsatz bilden die Fälle des § 22 HGB., §§ 1335, 1958 BGB. Diese Eigenschaft der Unveräußerlichkeit und Unvererblichkeit haben allerdings auch einzelne Vermögensrechte (höchstpersönliche).

[4]) Uebereinstimmend Osterrieth, A., Bemerkungen zum Entwurf eines Gesetzes betr. das Urheberrecht an Werken der Photographie 1903 S. 90 Anm. 3.

[1]) Photographische Aufnahme der Leiche Bismarcks!



buchblättern, Selbstbiographien u. dgl., die nicht von Anfang an schon zur Veröffentlichung erst nach Ablauf bestimmter Frist bestimmt waren, veröffentlicht werden dürfen. Man wird in dieser Hinsicht Kohler nicht zustimmen können, der diesen Zeitpunkt regelmäßig schon als eingetreten erachtet, wenn seit dem Tod der Person, um deren zu wahrendes Persönlichkeitsrecht es sich handelt, fünf Jahre verflossen sind.[1]) Bei dem Inmitteliegen eines verhältnismäßig so kurzen Zeitraums wird man doch in den meisten Fällen nicht sagen können, daß der Gestorbene „schon in die objektive Ruhe der Geschichte eingekehrt ist."

Was nun die Art der Geltendmachung des Persönlichkeitsanspruchs anlangt, so äußert sich dieser, wie jedes andere subjektive Recht, das Anspruch auf staatlichen Schutz hat.[2]) Dieser Anspruch ist aber vorwiegend negatorischer, nicht restitutorischer Natur; er geht in erster Linie auf Untersagung, nur in zweiter auf Schadensersatz. Das Vorhandensein eines Vermögensschadens als Folge der Verletzung des Persönlichkeitsanspruchs wird sich nämlich häufig nicht nachweisen lassen, oder ein solcher Schaden wird überhaupt nicht eingetreten sein. Dagegen wird nicht selten ein Schaden eintreten, der nicht Vermögensschaden ist, z. B. in den Fällen der Verletzung des Briefrechtes, der unbefugten literarischen Behandlung der Person usw., indem die Schädigung durch Minderung der moralischen Wertung die Wirkung der Verletzung ist. Dem deutschen Richter ist es auch in Fällen dieser Art angesichts der zwingenden Vorschrift des § 253 BGB. nicht gestattet, wie dies nach englischen und amerikanischen Gesetzen oder Rechtsgewohnheiten zu geschehen pflegt, eine „billige Entschädigung" (§ 847) als „Genugtuung" zuzusprechen.

Eine schuldhafte Verletzung wird überall nicht zu erfordern sein, sofern es sich nur um den Anspruch auf Unterlassung handelt. Die Analogie des Schutzes gegenüber Verletzungen dinglicher Ansprüche greift hier Platz. In den meisten wird freilich die verletzende Handlung auch schuldhaft sein, auf Vorsatz oder Fahrlässigkeit beruhen. Geltend gemacht wird der Anspruch auf Unterlassung durch die hierauf zu richtende Klage, die in allen Fällen zulässig sein muß, in denen die Fortsetzung oder Wiederholung der verletzenden Handlung zu besorgen ist. Dieser Grundsatz, der schon im gemeinen und französischen Zivilrechte anerkannt war, muß auch unter der Herrschaft des BGB. seine Geltung behaupten. Ist man doch jetzt darüber einig, daß die einzelnen Fälle,

[1]) Eigenbild S. 8, 26, 27.

[2]) Der von der neuen Doktrin wieder besonders betonte Rechtsschutzanspruch des Individuums gegen den Staat war schon im Allgem. Preuß. LR. anerkannt. Einl. § 76; §§ 1, 3 II, 17; siehe auch Oesterr Allgem. BG. § 19.

in denen das BGB. die Klage gewährt hat,[1]) nicht als ausschließliche anzusehen sind, daß es sich nicht um Sonderbestimmungen handelt, die eine Ausdehnung ausschließen, sondern um Vorschriften, die auf ein höheres gemeinsames Prinzip zurückzuführen sind.

Treffend sagt Eltzbacher[2]) (teilweise abweichend von der Begründung in den reichsgerichtlichen Entscheidungen): „Ueberall, wo ein Privatrecht irgendwelche auf ein Unterlassen gerichtete Ansprüche enthält, da ist zu seinem Schutze die Unterlassungsklage gegeben. Ihre Anwendungsfälle sind zahllos. Vergeblich wäre der Versuch, eine auch nur annähernd vollständige Uebersicht über sie zu liefern. Vielfach findet die Unterlassungsklage zum Schutze des Persönlichkeitsrechtes statt."

Streitig ist, ob der Anspruch auf Unterlassung und gegebenenfalls auf Schadensersatz auch auf den § 823 Abs. 1 BGB. gestützt werden kann. Die Entscheidung über diese Frage hängt davon ab, ob man das absolute Recht der Persönlichkeit in seinen einzelnen Aeußerungen als „sonstiges Recht" im Sinne der angeführten Vorschrift anerkennt. Das Reichsgericht hat bisher diese Anerkennung versagt,[3]) ob mit zutreffender und ausreichender Begründung, soll hier nicht erörtert werden. Jedenfalls wird in Ansehung des Rechtes am eigenen Bilde künftig der Schutz sowohl aus Abs. 1 als aus Abs. 2 des § 823 zu gewähren sein, sofern es sich um die unbefugte Verbreitung oder öffentliche Zurschaustellung eines Bildnisses handelt (KunstschutzG. §§ 22, 33 Abs. 1 Nr. 2).

Bei dem geschilderten, gewiß nicht befriedigenden gesetzlichen Rechtszustand in Ansehung der Normierung der Persönlichkeitsrechte ist es von großem Interesse, Umschau zu halten, wie sich die neuesten Kodifikationsbestrebungen zu dieser Frage stellen. Da begegnen wir denn zunächst dem Entwurf eines schweizerischen Zivilgesetzbuchs. Im ersten Titel des „das Personenrecht" behandelnden ersten Teiles des Gesetzbuchs wird u. a. der „Schutz der Persönlichkeit" behandelt. Nachdem bestimmt ist (§ 28), daß niemand sich seiner Freiheit entäußern oder sich in ihrem Gebrauch in einem Recht oder Sittlichkeit verletzenden Grade beschränken könne, sagt der § 29: „Wer in seinen persönlichen Verhältnissen unbefugterweise angegriffen wird, kann auf Beseitigung der Störung,

[1]) §§ 12, 550, 862, 1004, 1053, 1134; RGEZ. **25** 347; **38**, 383; **48**, 120; **57**, 239.

[2]) Die Unterlassungsklage. Ein Mittel vorbeugenden Rechtsschutzes. Berlin (1906), S. 137; siehe auch S. 90 ff. A. M. Lau, Beiträge z. E. d. D. R. Bd. 47 S. 737 ff., 508, dessen Ausführungen glücklicherweise in der Praxis Anerkennung nicht gefunden haben.

[3]) RGEZ **51**, 369, 373 ff; **56**, 271, 275; **64**, 156, 157, siehe aber auch Oertmann, Schuldverhältnisse, 2. Aufl. Bem 3b, c S. 943 und Kohler in Gellers Oesterr. Zentralblatt für die jurist. Praxis XXIV (1906) S. 641 ff. Kohler bezeichnet hier die Entscheidung vom 29. Mai 1902 (**51**, 369) als „völlig unrichtig".

sowie bei Verschulden auf Schadensersatz und wo die Art der Verletzung es rechtfertigt, auf Leistung einer Geldsumme als Genugtuung klagen." Im § 30 ist dann noch das „Namenrecht" als eines der wichtigsten Persönlichkeitsrechte besonders geregelt.

Die Motive sagen:[1] „Der Entwurf stellt Regeln auf, die dem modernen Rechtsleben durchaus nicht neu sind, mit denen aber, was in einer oft unsicheren und nur tastenden Praxis anerkannt worden ist, grundsätzlich festgelegt werden soll . . . . . Die allgemeine Anerkennung der Grundlagen wird einer stetigen und ausreichenden Entwicklung die Bahn ebnen."

Noch eingehender behandelt den Schutz der Persönlichkeit der zweite Titel des ersten Teils („Personenrecht") des Entwurfes eines Ungarischen Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuchs (§§ 87—93). Der § 87 entspricht im wesentlichen dem § 823 Abs. 1 BGB., ergänzt diesen aber durch die Bestimmung, daß dem Verletzer auf Verlangen des Verletzten die Wiederholung der Verletzung gerichtlich zu untersagen ist. Das Namenrecht ist gleich der Vorschrift des § 12 BGB. geregelt. Der § 90 enthält eine dem § 22 Satz 1 unseres jetzigen Kunstschutzgesetzes entsprechende Vorschrift. Der § 91 aber regelt das Briefrecht: „Wer in seinem rechtlichen Interesse dadurch verletzt wird, daß ein anderer mit einem von ihm stammenden oder an ihn gerichteten Briefe oder mit einem anderen Schriftstück vertraulicher Natur Mißbrauch treibt, kann die Beseitigung des Mißbrauchs fordern und überdies verlangen, daß die Wiederholung des Mißbrauchs gerichtlich untersagt werde". Der § 92 verweist dann hinsichtlich des Ersatzes eines etwa verursachten Schadens auf die allgemeinen Vorschriften über den Schadensersatz und von diesen kommt insbesondere der wichtige § 1140 in Betracht, wonach derjenige, der wegen einer vorsätzlich begangenen unerlaubten Handlung zum Schadensersatz verpflichtet ist, dem Beschädigten auch Ersatz desjenigen Schadens schuldet, den dieser nicht an seinem Vermögen erlitten hat („Genugtuung"). Die Zuerkennung einer Genugtuung, die in Zahlung eines Geldbetrages besteht und deren Höhe das Gericht mit Berücksichtigung der Umstände des Falles nach Billigkeit zu bemessen hat, soll nur dann statthaft sein, wenn diese Umstände und die Billigkeit es rechtfertigen.

In diesen beiden auf der Höhe ihrer Zeit stehenden Gesetzentwürfen ist also das Persönlichkeitsrecht grundsätzlich und in weitgehendem Umfange anerkannt, genau in der nämlichen Weise, wie die neuere deutsch-rechtliche Theorie es dargestellt hatte. Auffallend ist nur, daß keiner der Entwürfe ein Schutzrecht über den Tod der Person hinaus kennt.[1] Besonders anzuerkennen ist aber das Vertrauen des schweizerischen und ungarischen Gesetzesfaktors zu dem Takt und der Urteilsfähigkeit der Richter, das sich in der Art zeigt, wie die Schadensersatzfrage geregelt ist. Mag man auch bedauern, daß Vorschriften, wie die vorerwähnten, unserem BGB. nicht einverleibt sind, so wird man es gleichwohl auch dem deutschen Richter des zwanzigsten Jahrhunderts nicht verwehren dürfen, die Grundsätze über den Schutz der Persönlichkeitsrechte, soweit sie sich auf das Untersagungsrecht und den Ersatz des Vermögensschadens beziehen, auch auf jene Fälle anzuwenden, die noch nicht, wie das Namenrecht und das Recht am Eigenbild eine formale gesetzliche Sanktion erlangt haben. Durch die Anerkennung einer solchen Schutzpflicht greift der Richter auch keineswegs in die Zuständigkeit des Gesetzgebers über. Die Anwendung von Grundsätzen des bürgerlichen Rechtes, die zur Zeit des Inkrafttretens des BGB. von der Rechtslehre fast ausnahmslos und — wenn auch nur in dürftiger Weise — von der Rechtsprechung anerkannt waren, hat der Gesetzgeber nicht beseitigt und nicht beseitigen wollen. Die Gangart der Gesetzgebung im modernen Verfassungsstaat, insbesondere aber in einem so komplizierten politischen Rechtsgebilde, wie es das Deutsche Reich ist, kann naturgemäß nur ein mäßiges Tempo einhalten. Infolgedessen ist es der Gesetzgebung unmöglich, mit den nach positiver Gestaltung drängenden Bedürfnissen des Rechtslebens stets gleichen Schritt zu halten; sie wird vielmehr der Zeit, zu der das Bedürfnis nach Normierung entstanden ist, stets etwas nachhinken müssen.

Wer sich also auf den Standpunkt stellt, „daß für die Rechtsprechung nur das geschriebene Gesetz existiert", „daß alles positive Recht seine verbindende Kraft aus seiner Formulierung in gültig veröffentlichten Gesetzen schöpft",[2] der hemmt die Rechtsentwickelung und den Fortschritt in der Rechtsanwendung. Geltung können solche Sätze doch offenbar nur für das strafrechtliche Gebiet beanspruchen (StGB. § 2). Für die Anwendbarkeit des ungeschriebenen bürgerlichen Rechtes muß es genügen, daß es nicht in Widerspruch mit dem geschriebenen steht.

Der Theorie und der Rechtsprechung erwuchs von jeher und erwächst auch heute noch die hehre Aufgabe, die jeweils im formalen Gesetzesrecht

[1]) Botschaft des Bundesrats an die Bundesversammlung zum Bundesgesetze, enthaltend das schweizerische Zivilgesetzbuch vom 28. Mai 1904 S. 18.

[1]) In dieser Hinsicht wollten die Gesetzentwürfe es offenbar bei den urheberrechtlichen Bestimmungen bewenden lassen.

[2]) Meyer, Bruno, Das neue photographische Schutzgesetz 1902 S. 12—14 Ganz anders und richtig Keyßner, DJZ. 1898 S. 486 a. E. „Das zu schützende Recht reicht weit über das Gesetzeswort hinaus. Es ist Aufgabe der Richter, das Recht zu finden. Der Gesetzgeber möge das Recht gestalten, der Richter darf nicht warten in der Rechtsfindung, bis der Gesetzgeber ihm den Weg gebahnt hat".

entstehenden Lücken durch Entwickelung der erforderlichen Grundsätze aus dem gesamten bestehenden Rechtsnormeninhalt auszufüllen, der Gesetzgebung ergänzend und insoweit auch rechtsbildend zur Seite zu stehen, vorbereitend deren Aufgabe zu erleichtern, den Uebergang vom ungeschriebenen zum geschriebenen Recht zu vermitteln. Eine bloße Paragraphenanwendung kann niemals das Ideal einer Rechtsprechung sein; sie würde den Tod der Rechtswissenschaft im Gerichtssaal bedeuten. Was hier für die Rechtsanwendung gefordert wurde, liegt noch weit ab von den Bestrebungen unserer Zukunftsjuristen nach „Emanzipation des Richters vom Gesetz"; dem Verlangen „freier Rechtsfindung" in ihrem Sinne soll deshalb durch jene Forderung der Anwendung auch anderer als der schon formell geltenden Normen nicht das Wort geredet sein.

Anderseits darf aber auch nicht verschwiegen werden, daß die angedeuteten Bestrebungen wohl nur das Symptom einer Reaktion sind gegen einen unserer Rechtsprechung in Zivilstreitsachen in gewissem Grade anhaftenden Zug eines zu weitgehenden „Konservativismus", eines allzu ängstlichen Sichbeschränkens auf das geschriebene Gesetzeswort, also gegen eine Eigenschaft, die besonders neuen Rechtsbedürfnissen und Rechtsgebilden gegenüber wiederholt als Hemmnis empfunden wurde und durch die sich unsere Rechtspflege ebenfalls — in dieser Hinsicht aber nicht zu ihrem Vorteil — von der ausländischen, namentlich der französischen unterscheidet.

Die Scheidung zwischen vorsätzlichem und unvorsätzlichem Verhalten.

Von **Dr. A. Köhler**, a. o. Professor in München.

(Schluß).

III. Demnach sind die oben an zweiter Stelle bei den einzelnen Autoren aufgeführten Formeln der Umgrenzung des Vorsatzes als unrichtig, die an erster Stelle genannten dagegen als prinzipiell richtig zu erachten. Diese wollen ja, sachlich übereinstimmend, die gleichen Fälle dem dolus zuweisen oder von ihm ausscheiden. Nur bedienen sie sich dafür verschiedener Bilder und Ausdrücke.[1])

Sind aber diese Wendungen alle gleichwertig? d. h. bedeuten sie einen Fortschritt in der Erkenntnis der Vorsatzgrenzen im Vergleich zu vorangestellten allgemeinen Vorsatzdefinitionen, wie sie oben unter I angegeben wurden, und liegt auch bei allen die Gefahr eines Mißverständnisses fern? Nähere Betrachtung zeigt, daß dies nicht der Fall ist. Sie verdienen zwar sämtlich den Vorzug vor der soeben abgelehnten, einen irrealen Maßstab anlegenden Formel, welche auch unfehlbar zu anderen Ergebnissen führt, aber sie ermangeln zum Teil der wünschenswerten Begriffsschärfe.

Die Ausdrücke „auch für den Fall des Erfolges wollen", „eventuell in den Willen aufnehmen" enthalten kein neues Merkmal zur Grenzlegung, sondern dienen nur der umschreibenden Verdeutlichung. Das „Wollen auf die bewußte Gefahr hin" kann zu dem Mißverständnis führen, es genüge bloßer Gefährdungsvorsatz[1]), also das im

[1]) Zahlreiche Schriftsteller stellen mit Recht überhaupt nur Formeln auf, die der oben für richtig erklärten ersten Gruppe von Definitionen zugehören. So u. a. Beling, Grundzüge 3. Aufl. S. 61 (in den Willen aufnehmen = billigen); Birkmeyer, Rechtsenz. 2. Aufl. § 16 (event. mit in den Willen aufnehmen); Lammasch, Grdr. 2. Aufl. S. 24 (Die tatsächliche Verletzung der Interessen anderer lieber riskieren, als auf eine bestimmte Handlung verzichten); Liepmann, Einleitung S. 141 (nicht nur die Möglichkeit eines unerwünschten Erfolges voraussehen, sondern vielmehr mit seiner Verursachung rechnen); Merkel, Lehrb. S. 79 (bewußt in Kauf nehmen); H. Meyer, Lehrb. 5. Aufl. S. 173 (wenn dem Täter auch ein anderer Erfolg recht ist); Olshausen-Zweigert, StGB. 7. Aufl. § 59 N. 6 (mit dem Erfolg, wenn er eintritt, einverstanden sein, ihn also nicht innerlich ablehnen); Sturm, Die strafrechtliche Verschuldung 1902 S. 63 (mit in Kauf nehmen des für möglich gehaltenen Erfolges); v. Weinrich, ZStW. 26, 178 (für möglich halten und trotzdem handeln; ähnlich auch Hauser, Ger. S. 54, 164 sowie Lammasch, Grdr. S. 23). Ueber die verschiedenen Ausdrücke vgl. auch die Zusammenstellung bei v. Hippel S. 99 (hier werden auch diejenigen Autoren miteinbezogen, welche gleichzeitig die oben verworfene Formel enthalten). Auch das Reichsgericht verwendet in allen übrigen Entscheidungen ausschließlich Formulierungen der ersten Gruppe. Im Folgenden soll nur auf die neueren Entscheidungen des Reichsgerichtes eingegangen werden, da durch sie mehrfach unklare Formulierungen früherer Entscheidungen richtig gestellt wurden. Eine Zusammenstellung der älteren und neueren Entscheidungen (bis 1903) enthält v. Hippel S. 164 ff. — In der letzten über Eventualdolus handelnden Entscheidung E. **39**, 88, wird erklärt, Eventualvorsatz setze voraus, daß der Täter sich den Erfolg (hier die Veröffentlichung eines Artikels) als möglich vorgestellt „und daß er die Veröffentlichung für den Fall ihres Eintritts gebilligt hat". E. **39**, 316 spricht an einer Stelle von einem „Nicht im Zweifel sein" des Täters; indessen braucht diese Stelle nicht auf Eventualvorsatz bezogen zu werden, zumal da nicht anzunehmen ist, daß die zitierte Entscheidung, entgegen früheren, wieder davon ausgeht, daß ein Zweifeln zum Vorsatz genüge: Wie E. **39**, 88 erklären sich auch E. **31**, 211 (217), sowie E. **33**, 4 (das an zweiter Stelle auch jene oben abgelehnte Formel verwertet). Außerdem wird gelegentlich gesprochen von „einverstanden sein", so in E. **30**, 270 (273), von „einwilligen", so in E. **31**, 211 (217), von „im voraus genehmigen", so in E. **26**, 194 (196), von „eventuell in den Willen aufnehmen", so in E. **25** 221, E. **26**, 194 (196), E. **26**, 242, E. **30**, 270 (273). E. **30**, 334 (335), E. **31**, 211 (217), von „die Handlung auch für den Fall wollen, daß sie den Erfolg haben würde", so in E. **33**. 4 (5). Abgelehnt wird in der letzteren Entscheidung die Formulierung „Handeln auf die Gefahr eines bestimmten Erfolgs trotz des Bewußtseins davon". Es enthalte nicht von selbst die Billigung des Erfolgs (anders in dieser Hinsicht noch E. **28**, 190). Ebensowenig genüge „das Handeln trotz des Bewußtseins von der Möglichkeit". Gleicher Meinung hierin schon E. **25**, 5 (8) unter dem Hinzufügen „der Täter muß mit jener Möglichkeit rechnen".

[1]) Dies behauptet in der Tat K. Klee a. a. O. S. 32.

Willen enthaltene Bewußtsein, daß die Mitwelt in der Handlung eine Gefährdung von Rechtsgütern erblickt. Die Ausdrücke „billigen", „einwilligen", „einverstanden sein", im voraus genehmigen", „einem recht sein", sind mehr oder weniger schwerfällig oder schief gegenüber Erfolgen, die dem Täter sehr unerwünscht sind, z. B. ein Beinbruch oder das Zerbrechen eines dem Täter teueren Gegenstandes[1]). Von „im voraus genehmigen" zu sprechen ist auch gegenüber der Terminologie des BGB. nicht empfehlenswert. Durch die Worte „Handeln trotz des Bewußtseins von der Möglichkeit" wird nicht klar genug der Fall ausgeschieden, daß eine Möglichkeit auch als abstrakte beim Handeln noch vorschweben kann, während solchen Falles doch dolus offenbar nicht angenommen werden will. — Dagegen sind Wendungen wie „mit der vorgestellten Möglichkeit des Erfolges rechnen", „den Erfolg bewußt in Kauf nehmen", „ihn bewußt riskieren", „handeln, obwohl dem Täter der Eintritt des Erfolgs lieber war als der Verzicht auf seine Interessen" zur Veranschaulichung des Dolus durchaus geeignet.

Vielleicht kann man aber dem psychologischen Problem noch etwas näher auf den Leib rücken. Wenn es richtig ist, daß im Sinne des Gesetzes der Vorsatz in bezug auf einen vorgestellten Erfolg weder davon abhängig ist, daß der Erfolg an erster Stelle gewollt war, noch davon, daß er als wahrscheinlich, noch endlich davon, das er als erwünscht erschienen war, so liegt das Merkmal für das Wollen des Erfolgs wohl auf einem anderen Felde, nämlich in einer gewissen zeitlichen Beziehung zwischen dem Vorstellungsinhalt und dem psychischen Akte, den wir gemeinhin als Wollen bezeichnen.[2]) Das Wollen (und damit auch der Vorsatz) besteht in dem psychischen Zustand des Entschlossenseins,[3]) ein körperliches Verhalten einzunehmen, durch welches ein konkret gedachter Erfolg herbeigeführt werden kann, unter gleichzeitiger Bejahung der Möglichkeit, daß der Erfolg durch dieses Verhalten verursacht werde.[1]) Solange der Wollende an der Bejahung der Möglichkeit, in concreto den Erfolg zu verursachen, festhält, kann er auch nur vorsätzlich die Ausführungstätigkeit begehen.[2])

Die Möglichkeit muß also nicht bloß vorgestellt sein. Sie muß auch als Folge des willkürlichen konkreten Verhaltens bejaht sein. Der Täter will dann nicht nur das körperliche Verhalten allein, sondern auch seinen weiteren Erfolg. Gleichbedeutend mit vorstehender Umgrenzung des Vorsatzes ist die Wendung, daß der Täter die konkret vorgestellte Möglichkeit der Verursachung des konkreten Erfolgs nicht innerlich abgelehnt, daß er — bildlich gesprochen — den Erfolg wissentlich in Kauf genommen, daß er ihn bewußt riskiert hat.[3]) Entscheidend ist für die

---

[1]) Vgl. v. Bar, ZStW. 18, 537 ff.; außerdem v. Rohland S. 14, der auf eine weitere Zweideutigkeit des Wortes „billigen" aufmerksam macht.

[2]) Daß man das Wollen mit der neueren Psychologie in eine Reihe von Einzelhandlungen zerlegen kann, ist dabei für die gegenwärtige Untersuchung nicht wesentlich. Ein Wollen soll angenommen werden, wenn der psychische Spannungszustand in bezug auf irgend einen Erfolg zu dem teilweisen psychischen Ruhepunkt geführt hat, den wir mit Entschluß bezeichnen, wenn der Täter also sich durch psychische Gegenmotive nicht mehr verhindert fühlt, die Umsetzung des vorgestellten Erfolgs in die Tat vorzunehmen, sobald eine etwa noch abgewartete Bedingung der Tätigkeit eintritt.

[3]) Damit ist natürlich nicht gesagt daß Entschlußeinheit und juristische Vorsatzeinheit zusammenfallen müßten. Der auf einen gesetzlichen Tatbestand sich beziehende Vorsatz kann eine Einheit des Verbrechens begründen, auch wenn er erst durch mehrere getrennte Entschlußakte zustande gekommen ist. Umgekehrt kann eine Mehrheit solcher Vorsätze durch einen einzigen Entschlußakt gefaßt werden, vgl. RGE. in GoltdArch. 50, 273.

[1]) Sachlich auf das gleiche gehen auch die Ausführungen v. Binding Nr. 2 S. 456 über den Unterschied von Gefährdungs- und Verletzungsvorsatz hinaus.

[2]) Wenn jemand sich einen konkreten Erfolg nur als eine ganz entfernte Möglichkeit denkt, mit der auch die Erfahrung des Lebens nicht mehr rechnet, und nur eine solche ganz entfernte Möglichkeit des Erfolgs bei seinem Verhalten bejaht, so hat er nicht vorsätzlich gehandelt, sofern man sich der adäquaten Kausalitätstheorie anschließt. Denn der Täter bejaht nicht mehr, daß er verursachen könne. So ist wohl auch zu verstehen Merkel, Lehrb. S. 79, ferner das RG. in E. 25, 5 (8). Das RG. führt aus, man könne einen möglich gedachten Erfolg sich zugleich als so unwahrscheinlich vorstellen, daß man mit dieser Möglichkeit nicht mehr rechne. Ein Beispiel hierfür ist etwa die Vorstellung, daß man durch eine anempfohlene Gebirgsreise den Tod des Beratenen an Herzschlag herbeiführen werde. — In anderer Weise benützt Karl Klee a. a. O. 23, 34 die Tatsache, daß nicht jedes Bejahen einer ganz entfernten Möglichkeit bei der Handlung Vorsatz bedeute. Es komme immer darauf an, ob die Voraussicht eine hinreichend bestimmte war, um auf einen pflichtmäßig handelnden Untertan als Motiv, die Handlung zu unterlassen, zu wirken. Allein hier läuft der Irrtum unter, daß der Vorsatz abhängig sein könne von einer zufällig existierenden Pflicht, eine bestimmte vorgestellte Möglichkeit zu beachten (d. h. sie für die konkrete Verursachung zu bejahen). Die Tatsache der objektiven Beachtlichkeit genügt, wenn die Erfolgsmöglichkeit einen solchen Grad von Wahrscheinlichkeit errichtet hat, daß man von einer Möglichkeit der Verursachung sprechen kann. An anderer Stelle, S. 30, behauptet Klee sogar, daß selbst die Ueberzeugung des Täters, den Erfolg zu vermeiden, nur dann den Vorsatz in bezug auf ihn ausschließe, wenn der Täter sich nach Lage der Sache sagen durfte, daß es ihm gelingen werde, den an sich möglichen Erfolg zu umgehen. Durch diese Behauptung wird ganz unzulässigerweise das Wissen durch ein Wissenmüssen ersetzt, während doch sonst der Mangel an pflichtmäßiger Aufmerksamkeit allgemein als ein der Art nach anderes (und zwar geringeres) Verschulden angesehen wird als der Vorsatz. Die Logik erfordert alsdann, wenn kein triftiger Gegengrund existiert, daß auch das Wissenmüssen um den Eintritt eines vorgestellten Nebenerfolges nicht anders behandelt werde wie das Wissenmüssen um andere Umstände, die zufällig nicht bis zum vorübergehenden Vorstellungskreise gelangten.

[3]) Die Worte „den Erfolg zu vermeiden hoffen" oder „den Erfolg nicht erwarten" gewähren der Mißdeutung Raum, als habe der Täter zwar den Wunsch,

Frage, ob die Handlung vorsätzlich ausgeführt wurde, der Zeitpunkt, in welchem der Täter zuletzt gehandelt hat. Bis zu diesem Augenblick darf die oben erwähnte Bejahung der konkreten Erfolgsmöglichkeit noch nicht endgültig aufgehört haben. Wer also z. B. bei einer länger andauernden Tätigkeit zuerst die Möglichkeit, einen Brand durch sie zu verursachen, sich bejaht, dann aber vor Beendigung der Tätigkeit jene Möglichkeit verneint hat, der hat nicht vorsätzlich gehandelt.[1]) Wenn jemand, der eine ununterbrochene mehraktige oder eine fortdauernde Tätigkeit vornimmt, während irgendeines Augenblicks die Möglichkeit sich bejaht hat, daß er durch seine Tätigkeit einen bestimmten, d. h. konkreten Erfolg verursachen werde, hört er nicht schon dadurch auf, an der Bejahung jener Möglichkeit festzuhalten, daß er im weiteren Handlungsverlauf nicht fortwährend mehr an diese Bejahung denkt. Er braucht die Bejahung also nicht ständig im Kernpunkte seines Bewußtseins zu behalten. Längere Kontinuität eines und desselben Vorstellungsbildes kommt überhaupt nur selten vor. Eine Freiheitsberaubung dauert daher auch als vorsätzliche fort, wenn der Täter in seinen Gedanken vorübergehend von dem Erfolge abgelenkt wird. Erst die direkte Verneinung einer vorher bejahten Erfolgsmöglichkeit sowie ein völliges Ruhen der Verstandestätigkeit (wie z. B. beim Schlaf) schließen den Vorsatz in bezug auf das weitere Verhalten aus, es sei denn, daß dieses Verneinen oder Ruhen schon vorher vorausgesehen und mit ihm gerechnet worden war (so bei den actiones liberae in causa).

Mit Vorsatz in bezug auf ein bestimmtes Geschehnis handelt demnach, wer während eines von seinem Willen abhängigen Verhaltens die Möglichkeit sich bejaht, daß dieses Verhalten die Ursache des vorgestellten Geschehnisses sein werde, und von dieser Bejahung bis zu dem Augenblick nicht abgeht (d. h. an ihr festhält), *wo nach seiner Ansicht das Verhalten zur Ursache für das Geschehnis werden kann.*

Als solche Geschehnisse können positive Ereignisse, z. B. der Eintritt einer Körperverletzung, wie auch unterbliebene Veränderungen, z. B. die Fortdauer einer Freiheitsentziehung, in Betracht kommen. Bei andauernden Geschehnissen setzt sich auch der Vorsatz des Täters insolange fort, als er an der Bejahung der Möglichkeit festhält, daß durch die Fortdauer des Verhaltens auch die Fortdauer des Geschehnisses bewirkt werde.

---

den Erfolg zu vermeiden, ohne diesen Erfolg jedoch innerlich abzulehnen, ohne m. a. W. die (wenn auch vielleicht geringe) Möglichkeit der konkreten Erfolgsverursachung zu verneinen. Vgl. darüber v. *Weinrich* ZStW. 26 S. 176, 178. Sie sind daher nicht geeignet, das Fehlen des Vorsatzes scharf und klar zu bezeichnen.

[1]) Je nachdem man ein Handeln im Sinne des StGB. nur so lange annimmt, als die körperliche Tätigkeit fortdauert oder auch darüber hinaus, so lange jemand die von ihm unvorsätzlich gesetzte präsumtive Ursache für einen künftigen Erfolg ihrer ursachlichen Bedeutung entkleiden kann, wird man in folgendem Falle keine Schuld oder Vorsatz annehmen müssen: Ein Gast läßt *un*willkürlich, etwa auf Grund eines plötzlichen Schwindelanfalls, ein brennendes Licht auf den Zimmerteppich fallen, hernach sieht er ruhig zu, wie der Teppich und das Haus in Brand gerät. Ist hier ein Handeln so lange anzunehmen, als der Täter jederzeit selbst oder durch Dritte das Feuer löschen konnte, so hat er zwar *nach schuldloser* Tätigkeit, aber doch vor abgeschlossenem Handeln die konkrete Möglichkeit sich bejaht, durch seine bereits vorgenommene Tätigkeit verursachend zu wirken, und hat daher die sich über die körperliche Tätigkeit hinaus fortsetzende Handlung vorsätzlich begangen. Verneint man dagegen, daß die Handlung den Zeitpunkt der körperlichen Tätigkeit überdauere, so konnte der Täter auch nicht mehr *während* der Handlung die konkrete Erfolgsmöglichkeit bejahen und es entfällt damit jegliche Schuld an dem Nichtlöschen.

Mitteilungen aus der Praxis.

Zum bayerischen Vereinsrecht. Bis zum 1. Januar 1900 gab es in Bayern zwei Arten von rechtsfähigen Vereinen, solche, die die Rechtsfähigkeit, oder wie der frühere juristische Fachausdruck lautete, Korporationsrechte auf Grund des Gesetzes vom 29. April 1869 die privatrechtliche Stellung von Vereinen betr. erworben hatten, und solche, die sie kraft landesherrlicher Verleihung besaßen (Vgl. Roth, Bayr. Zivilr. 7 I [1881] S. 291 ff.). Die einen, die sog. anerkannten Vereine, waren an die eingehenden Vorschriften des Gesetzes vom 29. April 1869 gebunden und standen unter einer gewissen Aufsicht der Gerichte, die anderen dagegen, die sog. privilegierten Vereine, besaßen im Rechtsleben größere Freiheit. Durch das Inkrafttreten des BGB. ist die rechtliche Stellung beider Arten von Vereinen ganz erheblich beeinflußt worden.

Die neue Rechtsstellung der anerkannten Vereine ist durch Art. 1 des BayUeG. vom 9. Juni 1899 geregelt worden. Darin ist bestimmt, daß diese Vereine als eingetragene Vereine im Sinne des BGB. zu gelten haben. Diese Neuordnung entspricht ganz dem Geiste des Gesetzes vom 29. April 1869. Denn dieses Gesetz hat den Bestimmungen des BGB. über die eingetragenen Vereine als Muster und Vorbild gedient.

Dagegen hat das BayUeG. eine Bestimmung darüber nicht vorgesehen, wie sich die rechtliche Stellung der sog. privilegierten Vereine unter dem neuen Rechte zu gestalten habe. Ihre Stellung zum neuen Rechte muß also aus allgemeinen Grundsätzen abgeleitet werden.

Die privilegierten Vereine sind dadurch, daß ihnen durch Allerhöchstes Privilegium Korporationsrechte verliehen worden sind, juristische Personen nach dem Systeme der verschiedenen bayerischen Zivilrechte geworden. Dieser rechtliche Vorzug ist auch denjenigen Vereinen zu Teil geworden, denen Korporationsrechte erst nach dem Inkrafttreten des Gesetzes vom 29. April 1869 verliehen worden sind. Das Recht, Korporationsrechte zu verleihen, ist ein Privilegium der Krone und an diesem Privilegium sollte durch das genannte Gesetz nichts geändert werden. Daß es auch unter der

Herrschaft dieses Gesetzes zulässig war, Vereinen durch einen Rechtsakt der Krone Korporationsrechte zu verleihen, unterliegt keinem Zweifel (Vgl. Roth l. c.). Dieses Kronrecht ist auch tatsächlich nachher noch ausgeübt worden.

Die privilegierten Vereine gehören der Gruppe von juristischen Personen an, die das BGB. bei seinem Inkrafttreten in den Gebieten der einzelnen Landesrechte vorgefunden hat. Auf sie finden nach Art. 163 EG. z. BGB. von der Zeit des Inkrafttretens des BGB. an die Vorschriften der §§ 25 bis 53 BGB. Anwendung. Sie müssen also eine Verfassung, einen Vorstand und eine Satzung haben.

Nach Art. 82 EG. z. BGB. bleiben zwar die Vorschriften der Landesgesetze über die Verfassung solcher Vereine, deren Rechtsfähigkeit auf staatlicher Verleihung beruht, unberührt. Es liegt nahe, mit Rücksicht auf § 22 BGB. die Anwendung dieser Gesetzesvorschrift auf Vereine zu beschränken, deren Zweck auf einen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb gerichtet ist; allein da das EG. keinen Unterschied macht zwischen Vereinen mit wirtschaftlichen und solchen mit idealen Zwecken, so ist auch der Gesetzesanwendung eine solche Unterscheidung nicht erlaubt. Es muß also Art. 82 l. c. auch für die privilegierten Vereine Platz greifen. Es fragt sich also nur, ob sich in den bayerischen Zivilgesetzen derartige Vorschriften über die Satzung, somit über die Verfassung der privilegierten Vereine finden. Selbstverständlich kommen nur privatrechtliche Normen in Betracht, da die öffentlich-rechtlichen Bestimmungen der Landesgesetze von der eingetretenen Rechtsänderung nicht getroffen worden sind. Es kämen also nur die Bestimmungen der Zivilrechte, also, um nur die größeren zu nennen, des gemeinen Rechtes, des bayerischen Landrechtes, des allgemeinen preußischen Landrechtes, des französischen Rechtes und des vorderösterreichischen Rechtes zur Anwendung.

Die Einführung dieser Gesetze in bayerische Gebietsteile hat vor Erlassung der Verfassungsurkunde stattgefunden. Nach Art. 1 des AG. bleiben neben dem BGB. die Vorschriften des bürgerlichen Rechts, welche aus der Zeit vor Erlassung der Verfassungsurkunde vom 26. Mai 1818 stammen, nur insoweit in Geltung, als sie in den Art. 56—59, 69, 74—76, 78, 80, 89, 109, 111, 132 u. 133 EG. z. BGB. und im § 162 ZPO. vorbehalten sind. Demnach verloren mit dem 1. Januar 1900 ihre Geltung alle dem Privatrechte angehörigen Rechtsnormen, die aus der Zeit vor Erlassung der Verfassungsurkunde stammen und nicht durch die Verweisung auf die Artikel des EG., durch welche der Gegenstand der Landesgesetzgebung vorbehalten ist, ausdrücklich aufrecht erhalten werden. (Vgl. Henle u. Schneider, AG. S. 2). Eine Verweisung auf Art. 82 EG. z. BGB. findet sich in Art. 1 AG. nicht. Infolge dessen sind die landesgesetzlichen, in Art. 82 l. c. vorbehaltenen Bestimmungen des Privatrechts, soweit es der Zeit vor dem 26. Mai 1818 angehört, ausdrücklich außer Kraft gesetzt.

Aber auch spätere Gesetze enthalten keine Rechtsnormen des Bürgerlichen Rechts, die für die Verfassung der privilegierten Vereine maßgebend wären. Da es sonach an Bestimmungen des bayerischen Landeszivilrechtes über die Verfassung der privilegierten Vereine mangelt, so müssen die Vorschriften der §§ 25—53 BGB. Anwendung finden. Nimmt man aber wie die meisten Kommentare auf Grund der Entstehungsgeschichte an, daß Art. 82 EG. z. BGB. nur auf wirtschaftliche Vereine angewendet werden darf, so folgt wenigstens für diejenigen privilegierten Vereine, die ideale Ziele verfolgen, daß sie ohne weiteres den Bestimmungen der §§ 25—53 BGB. unterstehen.

Aus dem Erörterten ergibt sich als weitere Folge:

Die privilegierten Vereine müssen eine Satzung haben, die ihre Verfassung bestimmt. Sie müssen einen Vorstand haben. Seine Bestellung ist widerruflich. Eine Willenserklärung, die dem Vereine gegenüber abzugeben ist, kann jedem Vorstandsmitgliede gegenüber abgegeben werden. Auch die Bestimmungen über die Mitgliederversammlung und deren Berufung greifen Platz, soweit die Satzung nicht etwas anderes bestimmt, ebenso die Vorschriften über die Auflösung des Vereines und über den Anfall des Vereinsvermögens nach der Auflösung.

Für die Entziehung der Rechtsfähigkeit gemäß § 43 BGB. muß Art. 4 AG. Platz greifen.

In Art. 1 UeG. ist ausdrücklich nur davon die Rede, daß die anerkannten Vereine des Gesetzes vom 29. April 1869 als eingetragene Vereine gelten sollen. Demnach ist es ausgeschlossen, daß auf die privilegierten Vereine des früheren bayerischen Landeszivilrechtes die Vorschriften der §§ 55—79 BGB. über die eingetragenen Vereine und die im Verordnungswege erlassenen Vorschriften über die Führung des Vereinsregisters angewendet werden können.

Den Bedürfnissen, mehr noch der Sicherheit des Rechtsverkehrs möchte es vielleicht entsprechen, diese privilegierten Vereine den anerkannten Vereinen rechtlich gleich zu stellen. Allein das Gesetz versagt hierzu die Handhabe.

Eine analoge Anwendung des Art. 1 UeG. ist bei seiner klaren und unzweideutigen Vorschrift ausgeschlossen, und wenn man auf die Begründung zu diesem Gesetze zurückgreift, so läßt sich auch daraus ein Beweismoment zugunsten der analogen Anwendung des Art. 1 UeG. nicht entnehmen.

Das Endergebnis der vorstehenden Erörterungen ist, daß die rechtliche Verschiedenheit der privilegierten Vereine gegenüber den anerkannten Vereinen des früheren Rechtes durch das Inkrafttreten des BGB. nicht beseitigt ist, daß vielmehr die privilegierten Vereine im Rechtsleben nach wie vor eine Sonderstellung einnehmen.

Landgerichtsrat Gerstlauer in Augsburg.

Hypothekenzahlungs- und Abrechnungsverkehr. In dem Streben nach Beseitigung der nachgerade bedrohlichen Geldknappheit mit ihrer Gefolgschaft hoher Diskontsätze und niedriger Fondskurse hat sich die Aufmerksamkeit auch auf den verschwenderischen Gebrauch von Barmitteln gerichtet, der ein Charakteristikum des Hypothekengeschäftes bildet. Während allenthalben im Großumsatz von Werten die Giroüberweisung und der Scheck die maßgebenden Vermittler geworden sind oder doch zu werden im Begriffe sind, dominiert hier das Goldstück und die Banknote. Zum Teil ist diese Erscheinung in Besonderheiten des Immobilienverkehrs begründet, die nicht leicht zu beseitigen sind. Eine große Anzahl ländlicher und auch städtischer Grundbesitzer und Hypothekengläubiger sind noch nicht reif für die Teilnahme an den höheren Formen



des Zahlungs- und Ausgleichungswesens. In anderen Fällen, so namentlich bei der sogenannten Hypothekenregulierung, ist der gemeinsamen Vertrauensperson des Schuldners und der Gläubiger, dem Notar, die Durchführung seines Auftrages nur möglich, wenn ihm die Valuta in barem Geld oder in Noten zur Verfügung steht. Hier wie dort ist nicht so bald an eine Aenderung zu denken, so unzweckmäßig es auch ist, daß infolgedessen große Summen von Münzen oder Papiergeld aufgebracht werden müssen, die nur für wenige Tage, ja Stunden erforderlich sind, bis der neue Eigentümer das Kapital, das der frühere soeben flüssig gemacht hat, wiederum, und zwar möglichst schnell, einer festen verzinslichen Anlage zugeführt hat.

Allein häufig, wohl gerade bei dem Umsatz der größten Summen, ist der Barverkehr zu beseitigen oder doch stark einzuschränken. Hier setzt die Reichsbank mit ihren Bemühungen ein durch das Doppelprojekt eines Hypothekenzahlungs- und Abrechnungsverkehrs, das augenblicklich der Erörterung durch die Hypothekenbanken und den Zentralverband des deutschen Bank- und Bankiergewerbes unterstellt ist.

Der Hypothekenzahlungsverkehr zielt auf den vermehrten Gebrauch der Giroüberweisung hin. Diese wird jetzt bei der Heimzahlung von Hypotheken, der Leistung der Zessionsvaluta usw. oft deshalb nicht angewandt, weil die Herausgabe des Hypothekenbriefes, der Abtretungserklärung oder Löschungsbewilligung, oder die Abgabe einer Erklärung nur Zug um Zug gegen die Bewirkung der Zahlung zu erfolgen hat und der Forderungsberechtigte in einem Scheck oder einer Anweisung auf Giroüberweisung keine genügende Erfüllung erblickt. Die Reichsbank will nun alle hier in Frage kommenden Dokumente zu treuer Hand in Verwahrung nehmen, dem Zahler Gelegenheit zur Prüfung der Urkunden geben und sie ihm schließlich am Zahlungstage aushändigen. Hierfür beansprucht sie nur eine Gebühr von 10 Pfg. von jedem angefangenen Tausend des betr. Betrages, zwischen einem Minimum von 2 Mk. und einem Maximum von 20 Mk., eine recht niedrige Vergütung im Vergleich zu den sonst vielleicht erwachsenden Notariatsgebühren für Hinterlegung des Barbetrages. Voraussetzung für die Annahme der Urkunden ist jedoch, daß wenigstens eine der Parteien Inhaber eines Girokontos bei der Reichsbank ist und die Zahlung von oder zu ihrem Konto erfolgt. Auf diese Weise werden Gold oder Noten entweder ganz unnötig, sofern beide Teile Konten besitzen, oder diese Zahlungsmittel gehen in den Besitz der Bank über, wenn der Zahlungsempfänger Kontoinhaber ist, und verbessern den Status der Bank, oder endlich wird, wenn die Zahlung aus dem Konto erfolgt, die Bank regelmäßig in den Stand gesetzt, Noten auszugeben, die immer noch ein wirtschaftlicheres Zahlungsmittel darstellen als das bare Geld.

Noch weitreichendere Wirkungen sind von dem in Aussicht genommenen Abrechnungsverkehr für Hypotheken zu erwarten; er wendet das Prinzip des Clearing, das in Deutschland immer noch nicht dieselbe Bedeutung wie in England und Amerika erlangt hat, auf ein bisher von ihm nicht berührtes Wirtschaftsgebiet an. Es wird vorgeschlagen, daß sich die deutschen Hypothekenbanken und die auf dem Hypothekenmarkte interessierten Versicherungsgesellschaften unter Führung der Reichsbank zu einem „Abrechnungsverein“ zusammenschließen, der in Berlin im Reichsbankgebäude eine Abrechnungsstelle errichten soll. Diese Stelle soll viermal im Jahre an den wichtigsten Hypothekenstichtagen zusammentreten. Für die Zukunft ist angestrebt, diese Stichtage auf dem Wege gegenseitiger Vereinbarung möglichst weit von dem Beginn der Kalendervierteljahre wegzuverlegen, d. i. auf den 15. Februar, 15. Mai, 15. August und 15. November, um so die um die Quartalswende stets sich steigernden Anforderungen an die Reichsbank gleichmäßiger über das Jahr zu verteilen. Vorerst soll jedoch die Abrechnung noch am 2. Januar, 1. April, 1. Juli und 1. Oktober jeden Jahres stattfinden. Zu diesem Zwecke versammeln sich die Vertreter der beteiligten Banken am zweiten Tag vor dem Termin in der Reichsbank in Berlin. Jede Bank hat der zahlungspflichtigen Bank (d. h. der bisherige dem künftigen Hypothekengläubiger) die Dokumente über den Fall nebst einem Verzeichnis der von letzterer zu leistenden Zahlungen in doppelter Ausfertigung zu verabfolgen; die eine der Ausfertigungen wird als Empfangsbestätigung unterzeichnet und zurückgegeben. Hierauf hat jeder Vertreter die Urkunden zu prüfen und die beanstandeten in einer zweiten Zusammenkunft unter Grundangabe zurückzugeben. Die nicht beanstandeten Dokumente gelten als anerkannt. Jeder Vertreter stellt nunmehr alle von seiner Bank zu leistenden und an sie zu bewirkenden Zahlungen in einem „Abrechnungsblatt“ nach vorgeschriebenem Schema zusammen und ermittelt durch Saldierung, was sein Haus insgesamt schuldet oder zu fordern hat. Alle Abrechnungsblätter werden dem Vorsteher der Abrechnungsstelle übergeben, der sie in einem Bilanzblatt vereinigt, in dem nun bei richtiger Rechnung die Summen der Aktiv- und Passivposten übereinstimmen müssen.

Die Abrechnung selbst wird sodann am Stichtage dergestalt vollzogen, daß die sämtlichen Banken mit Passivsaldo durch Giroüberweisung an das Reichsbankkonto der Abrechnungsstelle ihre Verbindlichkeiten tilgen und von dem letzteren Konto hierauf den aktiv saldierenden Banken die ihnen zukommenden Beträge gutgeschrieben werden.

Der Vorteil dieses Verfahrens springt in die Augen. Ohne einen Pfennig baren Geldes können auf diesem Wege viele Millionen umgesetzt werden. Auch gegenüber der einfachen Giroüberweisung von Bank zu Bank ist in dem Clearing ein wesentlicher Fortschritt zu erblicken; denn die einzelne Bank muß nicht, wie bisher, dafür sorgen, daß ihr Guthaben auf Reichsbankgirokonto am Stichtage gleich der Summe aller Verbindlichkeiten ist, sondern nur dafür, daß dieses die Höhe des etwa vorhandenen Passivsaldos der Verbindlichkeiten gegenüber den Forderungen erreicht; hat sie einen Aktivsaldo, so muß sie also nur das ihr auferlegte Mindestguthaben zur Aufrechterhaltung des Girokontos stehen haben.

Im Interesse der Volkswirtschaft ist es zu wünschen, daß die am Hypothekengeschäft beteiligten Unternehmungen sich möglichst vollzählig dem Abrechnungsverein anschließen und möglichst viele Transaktionen durch ihn vollziehen. Allein im Einzelfall wird das letztere nicht immer möglich sein, da die Ueberweisung, der regelmäßig der grundbuchmäßige Vollzug des Geschäfts erst nachfolgen kann, nur dann vorgenommen werden wird, wenn der glatte Verlauf des Wechsels der Gläubigerschaft der ersten Hypothek außer jedem Zweifel steht. Wenigstens ist ein solches Verhalten



nach der bisherigen Praxis der Banken zu erwarten. Durch Eintragung von Vormerkungen wird jedoch die Zahl der zu befürchtenden Zwischenfälle stark eingeschränkt werden können, und wenn dadurch auch die Abwickelung des Geschäftes nach der rechtlichen Seite schwerfälliger wird, so wird doch die Rücksicht auf den zahlungstechnischen Fortschritt diese Folge erträglich erscheinen lassen.

Dr. Gunz, Sekretär der Handels- u. Gewerbekammer in Nürnberg.

Die Folgen der Entlassung bei Naturallohn. In DJZ. 1907, 593 bejaht Lohmeyer unbedingt die Frage, ob der Dienstherr den von ihm enlassenen Dienstpflichtigen, der die Dienstwohnung nicht räumt, eigenmächtig heraussetzen kann. Die Frage ist aber gerade für die praktisch wichtigsten Fälle zu verneinen. Gewiß hat eine Gesindeperson, ein Handlungs- oder Gewerbegehilfe, ein Hauslehrer nach der Verkehrsauffassung nicht Besitz („tatsächliche Gewalt" § 854) an den ihm vom Dienstherrn zugewiesenen „Wohn- und Schlafräumen" (§§ 618 Abs. 2, 855 BGB., § 62 HGB.), er hat vielmehr nur Anspruch auf Gewährung geeigneten Raumes, nicht aber des bestimmten, ihm zugewiesenen. Dieser letztere unterliegt der Verfügung des Dienstherrn, der den Dienstpflichtigen jederzeit daraus durch Selbsthilfe (§ 859) entfernen kann; um so mehr ist also der Dienstpflichtige auf die Besitzentziehungsklage des Dienstherrn zur Räumung zu verurteilen, ohne daß es darauf ankommt, ob die Entlassung zu Recht erfolgt ist; der Dienstpflichtige begeht durch die bloße Weigerung der Räumung verbotene Eigenmacht, da er selbst keinen Besitz hat (§§ 858, 855). Praktisch hat diese Frage aber kaum Interesse. Anders in dem von Lohmeyer erwähnten Fall des „Deputanten": wer jemanden als ländlichen Arbeiter (Instmann, Einlieger), als Gutsgärtner, -Förster, -Hirte, -Schäfer anstellt und ihm in der üblichen Weise freie Wohnung und sog. „Deputatland" (Acker zur selbständigen Bestellung mit Getreide usw.) als Dienstlohn einräumt, begibt sich zwar nicht (wie beim Vorliegen eines wirklichen Mietvertrages) jeder Einwirkung auf die Wohnung; aber immerhin räumt er jenen Dienstpflichtigen (zumeist älteren Leuten mit eigenem Hausstand und eigener Wirtschaftseinrichtung) abgesonderte Räume zu ausschließlichen Benutzung ein, an denen sie wirklichen „Besitz" haben, so daß der Fall des § 868 vorliegt. Und nach der Vertragsabsicht und der Verkehrsauffassung sind solche Deputanten nicht auf beliebiges Verlangen des Dienstherrn zur Räumung der Wohnung verpflichtet, sondern nur, wenn dies etwa durch wirtschaftliche Aenderungen geboten ist; wollte also der Dienstherr dem Gärtner, Schäfer usw. eigenmächtig die Wohnung entziehen, so wird er auf die Besitzschutzklage zur Wiedereinräumung des Besitzes ganz wie jeder Dritte oder wie ein Vermieter verurteilt. Ebenso hat der Deputant am „Deputatacker" nach der Verkehrsauffassung und den Anforderungen sozialpolitischer Gerechtigkeit (zwar mangels der Eintragung nicht Nießbrauch, wohl aber) Besitz mit allen seinen Rechtsfolgen (§§ 823, 858, 956, wegen Verteilung der Früchte des Dienstendigungsjahres s. § 101). Der Dienstherr hat also gegen den Deputanten nur die Vertragsklage auf Räumung der Wohnung, d. h. er muß nachweisen, daß ein wichtiger Entlassungsgrund (§ 626) vorliegt. Noch mehr gilt dies, wenn der Angestellte ein Anstaltsarzt oder -Chemiker, Fabrikdirektor, Kassierer ist; freilich gilt hier eine Besonderheit: da der Dienstherr zur Annahme der Dienste des Entlassenen nicht verpflichtet ist, so verliert dieser mit der Entlassung den Anspruch auf Benutzung solcher Räume, die lediglich zur Leistung der übernommenen Dienste bestimmt sind, und ist auf die Vertragsklage des Dienstherrn zur Räumung solcher Geschäftsräume schlechthin zu verurteilen, während ihm der Anspruch auf sonstige Wohnräume nur im Fall des § 626 entzogen werden kann. (Vgl. über alles Vorgetragene Josef im Recht 1904, 498 ff.).

Rechtsanwalt Dr. Josef in Freiburg i. B.

Aus der Praxis der Gerichte.

Reichsgericht.

A. Zivilsachen.

I.

Voraussetzungen der sog. fingierten Einsetzung eines Nacherben nach § 2104 BGB. bei dem Wegfalle des eingesetzten Nacherben. Die Eheleute Hermann und Henriette H. errichteten am 30. August 1892 ein wechselseitiges Testament. Jeder von ihnen erklärte darin für sich, er setze den anderen und den gemeinsamen Sohn Hermann Julius H. zu Erben ein. Von dem Sohne hieß es weiter, daß er erst nach dem Tode des Ueberlebenden die Erbschaft antreten und, sofern er mit dieser Bestimmung nicht zufrieden sein würde, nur den Pflichtteil erhalten sollte. Der Sohn Hermann Julius H. starb vor beiden Eltern im Jahre 1899, ohne eheliche Nachkommen zu hinterlassen. Sodann starben der Ehemann H. am 14. März 1905 und die Ehefrau H. am 17. März 1905. Die Kläger sind — vorausgesetzt, daß ihnen das Testament nicht entgegensteht — die gesetzlichen Erben des Ehemannes H. Die Beklagten sind die gesetzlichen Erben der Ehefrau H. Auf die Klage erließ das Landgericht ein Feststellungsurteil dahin, daß der Nachlaß des Hermann H. mit dem Tode seiner Ehefrau auf die Kläger als Nacherben übergegangen sei. Die Berufung der Beklagten wurde zurückgewiesen. Auf die Revision der Beklagten wurde die Entscheidung des OLG. aufgehoben; die Klage wurde abgewiesen.

Aus den Gründen: Mit dem Berufungsrichter ist davon auszugehen, daß, wenn auch wörtlich genommen der überlebende Ehegatte und der Sohn in dem Testamente zunächst nebeneinander zu Erben eingesetzt sind, die weiteren Bestimmungen des Testaments doch über eine andere Bedeutung der letztwilligen Anordnungen keinen Zweifel lassen. Die Annahme des Berufungsrichters, der Erblasser habe nach dem näheren Inhalte dieser Anordnungen in Wirklichkeit seine Ehefrau zur Vertreterin für den ganzen Nachlaß bestimmt und den Sohn nur zur Nacherbfolge nach dem Tode der Mutter berufen, verstößt gegen keine gesetzliche Vorschrift. Nun hat der eingesetzte Nacherbe den Tod des Erblassers nicht erlebt. Es ergibt sich daraus an erster Stelle die Frage, ob für einen solchen Fall eine gesetzliche Regelung aus § 2104 BGB. zu entnehmen ist. Das Landgericht hat diese Vorschrift unmittelbar zugunsten der Kläger angewendet. Der Berufungsrichter hält sie wenigstens an zweiter Stelle für analog anwendbar. Beides ist unzutreffend.

Im § 2104 ordnet das Gesetz eine Nacherbfolge an, für die es im Testament an einer Bestimmung

fehlt. Der Eintritt dieser sog. „konstruktiven Nacherbfolge“ ist von dem Vorhandensein zweier Voraussetzungen, einer positiven und einer negativen abhängig gemacht. Die positive Voraussetzung besteht in der Anordnung des Erblassers, daß der eingesetzte Erbe nur bis zum Eintritt eines bestimmten Zeitpunktes oder Ereignisses Erbe sein soll, die negative Voraussetzung in dem schon hervorgehobenen Fehlen einer Anordnung darüber, wer alsdann die Erbschaft erhält. Trifft beides zu, so soll eine Nacherbschaft als angeordnet gelten und zwar nicht zugunsten derer, die gesetzliche Erben geworden wären, wenn der Erblasser einen Erben überhaupt nicht bestimmt hätte, sondern zugunsten derjenigen, welche die gesetzlichen Erben sein würden, wenn der Erblasser beim Eintritt des Zeitpunktes oder Ereignisses gestorben wäre. Das würden im gegebenen Falle die Kläger sein. Allein keine der beiden Voraussetzungen des § 2104 trifft hier zu, wenn in dem Testamente lediglich der Wille Ausdruck gefunden hat, daß nach dem Tode der Witwe der Nachlaß auf den Sohn als Nacherben übergehen sollte. Denn die zeitliche Begrenzung der Rechte des eingesetzten Erben und die Nacherbfolge stehen alsdann in einem anderen Verhältnis, als in dem, das § 2104 vorsieht: die Beschränkung folgt aus der testamentarischen Anordnung der Nacherbfolge, nicht die Nacherbfolge als gesetzliche Anordnung aus einer testamentarischen Beschränkung des Erbrechts auf Zeit in Verbindung mit dem Fehlen einer Benennung des Nacherben. Die Benennung des Nacherben schließt den Eintritt dieser zweiten und negativen Voraussetzung des § 2104 ohne weiteres aus. Es handelt sich also bei § 2104 nur um solche Fälle, in denen der Wille des Erblassers gerade darauf gerichtet war, das Recht des eingesetzten Erben unmittelbar auf einen bestimmten Zeitraum oder bedingt für den Fall des Eintritts eines bestimmten Ereignisses einzuschränken und in denen er diesem auf die Beschränkung des Erbrechts gerichteten Willens einen primären Ausdruck gegeben hat. Mit der bloßen Anordnung einer Nacherbfolge wird dieses Erfordernis nicht erfüllt.

Für das Recht des BGB. folgt die grundsätzliche Befreiung des eingesetzten Erben von der ihm durch die Anordnung einer Nacherbfolge auferlegten Beschränkung für den Fall, daß der Nacherbe fortfällt, schon aus der Ausdrucksweise des Gesetzbuchs, das in den §§ 2306, 2308 den eingesetzten Erben als durch die Einsetzung des Nacherben „beschränkt“ bezeichnet, mehr aber noch aus der allgemeinen, in § 2108 Abs. 1 enthaltenen Vorschrift, wonach auf die Nacherbfolge § 1923 entsprechende Anwendung findet. Gemäß § 1923 Abs. 1 wird deshalb, wenn der Nacherbe den Tod des Erblassers nicht erlebt, die Anordnung der Nacherbfolge in gleicher Weise unwirksam, wie wenn der Erblasser den Erben überlebt. Bezieht man aber die Bestimmung, soweit es sich um eine Nacherbfolge handelt, auf den Zeitpunkt des Eintritts der Nacherbfolge, so ist das Ergebnis dasselbe, da alsdann § 2108 Abs. 2 die Anordnung der Nacherbfolge grundsätzlich nur unter der Voraussetzung als wirksam fortbestehen läßt, daß der Nacherbe den Erbfall überlebt hat, während es für den Fall seines früheren Todes bei der aus §§ 2108 Abs. 1 und 1923 Abs. 1 sich ergebenden Regelung verbleibt, wonach die Anordnung der Nacherbfolge hinfällig wird. Ihr Hinfälligwerden aber hat zur Folge, daß der eingesetzte Erbe nunmehr als Erbe zu vollem Recht in die Erbfolge eintritt.

In dieser Rechtslage befand sich hier mit dem Tode ihres Mannes die Witwe Henriette H. und sie vererbte den Nachlaß des Mannes weiter auf die Beklagten als ihre gesetzlichen Erben, es sei denn, daß dem Berufungsrichter in der Annahme beigetreten werden könnte, der Erblasser habe nicht nur seinen Sohn als Nacherben bedenken, sondern unabhängig davon, ob der Sohn zur Nacherbfolge gelangen würde oder nicht, die Ehefrau in ihren Rechten als Erbin auf ihre eigene Lebensdauer beschränken wollen; er habe damit also verhüten wollen, daß einst, gleichviel unter welchen Umständen, sein Nachlaß auf ihre Erben überginge. (Es wird ausgeführt, daß die Bestimmungen des Testaments eine solche Auslegung nicht zulassen). (Urt. des IV. ZS. vom 16. März 1907, IV 375/06).

982 ———n.

II.

Wirkungslosigkeit einer formlosen Eigentumsanerkennung. Auslegungsgrundsätze für den Umfang eines Immobiliarkaufs. Am 12. September 1769 erwarb die Stadtgemeinde München durch Kauf das Haus an der Ecke der Kaufingergasse und des Schrannenplatzes, (später Marienplatzes) und besaß es, bis sie es am 22. April 1865 an den Juwelier T. verkaufte, der bis jetzt Eigentümer geblieben ist. Während der Besitzzeit der Stadt und noch bis zum 1. Oktober 1868 befand sich im Erdgeschoß die Hauptwache und es wurde ein vor dem Hause gelegener, in den Schrannenplatz eingreifender, seit etwa 1830 mit Pfosten und Ketten abgesperrter Platz von 17 m Länge und 4—5 m Breite als sog. Waffenplatz zur Aufstellung der Wache benützt; auch waren darauf Geschütze aufgepflanzt. Nach Aufhebung der Hauptwache wurden in das Haus Verkaufsläden eingebaut und das Trottoir vor ihm in einer Breite von über 3 m hergestellt; der Rest fiel in die gepflasterte Fahrbahn des Marienplatzes. Aus Anlaß der Grundbuchanlegung beantragte der Magistrat am 21. Juni 1904 kraft angeblicher Ersitzung seit 1868 die Eintragung einer beschränkten persönlichen Dienstbarkeit in Gestalt eines öffentlichen Wegerechts auf dem jetzt mit Pl.-Nr. 44½ bezeichneten früheren Waffenplatz. T. bestritt dieses Wegerecht. Während der Erhebungen zog der Magistrat sein Gesuch zurück und beantragte eine Protestation gegen das Eigentum des T. am Waffenplatz einzutragen, weil die Stadtgemeinde ihm letzteren nicht mitverkaufen wollte und nicht mitverkauft habe, sondern nur das Hs.-Nr. 37 an der Kaufingerstraße, das sie auch allein im Jahre 1769 erkauft habe, während ihr am Waffenplatz als damaligem unausgeschiedenem Teil des Schrannenplatzes längst unvordenkliches Eigentum zugestanden sei. Es sei auch immer nur das „Hs.-Nr. 37“ als Verkaufsobjekt bezeichnet und ausgeschrieben worden, T. habe gewußt, daß die Stadtgemeinde den Waffenplatz nicht veräußern wolle, denn er habe niemals gegen die Zuziehung des freigewordenen Waffenplatzes zu den öffentlichen Verkehrsflächen protestiert. T. verwahrte sich auch gegen die Eintragung einer Protestation mit dem Hinweis, im Kaufvertrage vom 22. April 1865 sei ihm „das Hs.-Nr. 37 an der Kaufingerstr., bestehend aus der Pl.-Nr. 981 zu 0,078 Tgw.“ verkauft und der Besitzübergang hieran anerkannt; in dieser Pl.-Nr. sei aber unstreitig der Waffenplatz mitenthalten, gegen die Benützung als öffentlicher Weg habe er nicht protestiert, weil sie im Interesse seines Ladens gewesen sei. Hiergegen legte der Magistrat dar, aus den Grundbuch- und Katastereinträgen ergebe sich, daß der Waffenplatz bis zur Katasterrenovierung (1856) stets unausgeschieden als Bestandteil des Marienplatzes geführt worden sei; erst von da ab sei er aus dem Marienplatz (Pl.-Nr. 1618) als Pl.-Nr. 1618b ausgeschieden und 1860 seien die früheren Pl.-Nr. 684 (das Hs.-Nr. 37) und 1618b (Ausbruch des Marienplatzes) von dem damaligen Geometer in eine einzige Pl.-Nr. 981 vereinigt worden, was bei der damaligen gemeinsamen Benützung durch die gleiche Besitzerin nicht unzulässig gewesen, vom Magistrat aber niemals ausdrücklich zur Kenntnis genommen oder genehmigt worden sei. Da der Beschrieb dieser neuen Pl.-Nr. im Grundbuch nur auf „Hs.-Nr. 37 an der Kaufingerstr. (früher

Pl.-Nr. 684 zu 0,048 Tgw. und 1618b zu 0,035 Tgw.)" gelautet und von einem freien Platz an dem Hause nichts erwähnt habe, so sei erklärlich, daß der beurkundende Notar wie der zum Vertragsabschluß bevollmächtigte Rechtsrat die Einbeziehung des Waffenplatzes nicht bemerkt hatten. Das Hypothekenamt trug die Protestation ein, worauf die Stadtgemeinde Klage auf Anerkennung des Eigentums an der nunmehrigen Pl.-Nr. 44½, der Beklagte aber Abweisungsantrag und Widerklage auf Löschung der Protestation stellte. Zur Begründung wurde beiderseits das vor dem Hypothekenamt Vorgebrachte geltend gemacht. Der Beklagte führt aus, es sei der Waffenplatz bei den Kaufunterhandlungen gar nicht erwähnt worden Die Klage müsse schon daran scheitern, daß die Stadtgemeinde selbst ursprünglich nur die Eintragung einer Dienstbarkeit beantragt, damit aber das Eigentum des Beklagten anerkannt habe. Von der Klägerin wurde bemerkt, dieser Antrag sei ohne eingehende Prüfung des verwickelten Hergangs gestellt worden und könne daher, als durch Irrtum beeinflußt, nicht gegen die Stadtgemeinde ausgelegt werden; es sei auch zu beachten, daß die Urkunde jede Haftung für das Flächenmaß ausschließe. Das LG. gab der Klage statt und wies die Widerklage ab; es stellte fest, nach dem Hergang könne nicht angenommen werden, daß die Stadtgemeinde so töricht gewesen sei, ein für den öffentlichen Verkehr unentbehrliches Grundstück zu veräußern, zumal bei den Verschiebungen der Katasterbezeichnungen und der Undeutlichkeit des Grundbuchs der von ihr behauptete Irrtum durchaus naheliege und auch im Kaufbrief nicht etwa der öffentliche Verkehr durch Vorbehalt einer Servitut sichergestellt worden sei. Für die Klage spreche insbesondere die Stelle des Kaufbriefs, „wie sie diese Realität unterm 12. September 1769 erworben" und die weitere, aus den Plänen ersichtliche Tatsache, daß der Waffenplatz sich gleichmäßig auch vor das Nebenhaus Nr. 1 am Marienplatz (jetzt ebenfalls im Besitz des Beklagten) erstreckt habe, so daß die Veräußerung des Waffenplatzes zusammen mit Hs.-Nr. 37 sogar den freien Zugang hätte beseitigen können. Uebrigens laute die zur Gültigkeit der Veräußerung notwendige Kuratelgenehmigung der Regierung entsprechend dem älteren Amtsgebrauch auch nur auf „Hs.-Nr. 37" und es sei nicht einmal die Tradition durch die Eintragung im altrechtlichen Münchener Grundbuch ersetzt. Mit der Berufung machte T. insbesondere geltend, die streitige Urkunde sei an sich klar und bedürfe keiner Auslegung. Die Berufung wurde unter Billigung der Gründe des Erstrichters zurückgewiesen und hervorgehoben, daß die Urkunde durchaus nicht klar sei und einer Auslegung bedürfe. Auch die Revision blieb erfolglos.

Aus den Gründen: Die Klägerin verlangt eine dem Inhalt der öffentlichen Kaufvertragsurkunde und der öffentlichen Bücher widersprechende Feststellung. Sie muß deshalb ihr besseres Recht nach § 415 ZPO. nachweisen. Beide Vorderrichter nehmen an, daß ihr dieser Beweis gelungen sei und diese auf freier Würdigung der Tatsachen und Auslegung der Urkunden beruhenden Entscheidungen sind nach §§ 286, 561 ZPO. der Revision entzogen, weil sie Verletzung von revisiblen Vorschriften nicht erkennen lassen. Das BG. erklärt die Behauptung der Klage, es sei die Streitfläche schon vor 1769 im Eigentum der Stadt gestanden, als durch die Umstände und einen Blick auf die Karte erwiesen. Diese Begründung muß für lange in die Vergangenheit zurückgreifende Tatsachen genügen. Es ist allerdings ausgeschlossen, daß ein Grundstück, das seit Jahrhunderten und unbestritten ein Teil eines öffentlichen Platzes war, im Privateigentum eines Anliegers gestanden haben sollte, und ein Blick auf die von den Gerichten benutzten Stadtpläne zeigt, daß noch in den Jahren 1814 und 1835 die streitige Fläche unzweifelhaft einen Teil des öffentlichen Platzes bildete. Der Revisionsangriff, wonach über die Karte nicht verhandelt worden sein soll, ist schon deshalb nicht zu beachten, weil er nicht schriftlich angekündigt worden ist. Der Revisionskläger meint, der die streitige Fläche klar in sich begreifende Kaufvertrag habe einer Auslegung nicht bedurft, sohin auch nicht ausgelegt werden dürfen. Allein diese Urkunde enthält nicht nur die allerdings für den Beklagten sprechende Flächenangabe und den ihm ebenfalls günstigen Hinweis auf das Grundbuch, sondern auch den Beisatz: „wie am 12. Sept. 1769 erworben und seither besessen" und erwähnt einen Vorplatz oder Waffenplatz überhaupt nicht. Das genügt, um sie als undeutlich und auslegungsbedürftig erklären zu können. Auf Ersitzung hat der Beklagte in der mündlichen Verhandlung sein Eigentum niemals gestützt. Hinsichtlich der Eintragung in das alte Münchener Grundbuch legen die Vorderrichter dar, daß es auch gegenüber diesem Buch auf den Uebereignungswillen angekommen und der Gegenbeweis zulässig gewesen sei. Diese Ausführungen über Bayerisches Landesrecht sind jedem Revisionsangriff entzogen. Das BG. schweigt über die Bedeutung des früheren Antrags auf Eintragung einer Wegedienstbarkeit. Das hat seinen Grund und seine Erklärung darin, daß nach dem hierfür anzuwendenden neuen Recht, insbesondere nach §§ 141, 313 BGB. eine angebliche Eigentumsanerkennung und Eigentumsübertragung gegenüber einem älteren gegenteiligen Vertrag formbedürftig gewesen wäre (vgl. Reg. Nr. V 33/03 vom 6. Juni 1903). Im übrigen hat das Reichsgericht schon in RGZ. 59, 400 (408) ausgesprochen, daß einer juristischen Person nicht immer Unkenntnis ihrer Beamten über die eigenen Rechte des von ihnen vertretenen Gemeinwesens schadet. Die Nichterhebung des vom Beklagten durch Erholung der Akten der Aufsichtsbehörde angebotenen Beweises wird mit Unrecht gerügt. Die Genehmigung des Vertrags durch die Regierung konnte den Vertrag selbst, wenn dieser nicht schon die streitigen Stücke übertragen hat, nicht ändern und ergänzen. Ueberdies stellen die Vorderrichter unangreifbar fest, daß die Regierung nur den Verkauf des Hauptwachgebäudes genehmigt hat. (Urt. vom 5. Juni 1907; V 386/06). N.

996

III.

Ein „Bühnenbild" ist kein schutzfähiges Werk der bildenden Künste im Sinne des Urhebergesetzes vom 9. Januar 1876. Die Beklagten haben für ein Theater in B. das Bühnenbild zum Wildeschen Stück „Salome" geliefert, welches eine assyrische Architektur nebst landschaftlichem Beiwerk zeigt und das Gesamtbild darstellt, welches die Bühne nach dem Aufgehen des Vorhangs dem Beschauer darbietet. Dieses Bühnenbild will der Kläger entworfen haben; er behauptet, es sei eine freie Kunstschöpfung und sowohl in bezug auf die einzelnen Teile als in bezug auf ihre Zusammenfassung zu einem Gesamtbild eine künstlerische Komposition. Die Beklagten, welche dieses Bühnenbild nach Skizzen und Entwürfen des Klägers für das Theater in B. hergestellt hatten, haben es ohne Wissen des Klägers für den Theaterunternehmer W. nochmals angefertigt und diesem überlassen. Hierin erblickt der Kläger, der sich an dem Bühnenbild das Urheberrecht nach Maßgabe des Urhebergesetzes vom 9. Januar 1876 zuschreibt, eine unberechtigte Nachbildung. Seine Klage wurde in zwei Instanzen abgewiesen. Die Revision blieb erfolglos.

Aus den Gründen: Die Revision wird auf die Behauptung gestützt, daß das angefochtene Urteil auf einer Verletzung der §§ 1 bis 5 des Gesetzes vom 9. Januar 1876 beruhe, und der Begriff des Kunstwerks von der Vorinstanz verkannt und zu enge gefaßt worden sei. Diese Vorwürfe entbehren jedoch der

Berechtigung; die Prüfung der Gründe, mit welchen das Berufungsgericht die Abweisung des Klageantrags gebilligt hat, führt zu dem Ergebnis, daß der Entscheidungsgrund — das Bühnenbild sei kein schutzfähiges Werk der bildenden Künste im Sinne des Gesetzes — mit dem geltenden Rechte in Einklang steht. Die Revision geht von dem Begriffe des „Kunstwerkes“ aus, schreibt dem hier in Rede stehenden Bühnenbild alle Eigenschaften eines Kunstwerkes zu und beschwert sich darüber, daß dennoch dem Bühnenbild der Schutz des Gesetzes vom 9. Januar 1876 versagt worden ist. Diese Schlußreihe beruht aber auf der irrigen Auffassung, als ob jedes „Kunstwerk“ nach Maßgabe des Gesetzes vom 9. Januar 1876 Schutz genieße. Daß diese Auffassung falsch ist, geht schon aus der Tatsache hervor, daß nach § 3 die Bestimmungen des Gesetzes auf die Baukunst, auch wenn sie künstlerische Zwecke verfolgt, keine Anwendung zu finden haben und daß somit auf diesem ganzen weiten Gebiete Schöpfungen freier künstlerischer Tätigkeit, welche zur Befriedigung des ästhetischen Gefühls durch Anschauen bestimmt sind, sich keines gesetzlichen Schutzes erfreuen. Ausdrücklich ausgenommen von diesem Schutze sind aber nach § 14 auch solche Werke der bildenden Künste, bei denen der Urheber gestattet hat, daß sie an einem Werke der Industrie, der Fabriken, der Handwerke und der Manufaktur nachgebildet werden, sofern diese Nachbildungen selbst und ihre Vervielfältigungen in Frage steht. Bei diesem Stand der Gesetzgebung ist das Berufungsgericht bei der Beurteilung des vom Kläger erhobenen Anspruchs ganz zutreffend nicht von dem Begriffe des „Kunstwerks“ an sich, sondern von den Bestimmungen des geltenden Gesetzes ausgegangen. Nach diesem Gesetz ist der Satz, daß nur Werke der zeichnenden und malenden Kunst sowie der Plastik — mit Ausnahme der Werke der Baukunst — schutzfähige Gegenstände sind, richtig und die Schlußfolgerung nicht zu beanstanden, daß das Bühnenbild als szenische Dekoration zu vorübergehendem Zweck, gestaltet aus der Zusammensetzung beweglicher Einzelstücke — Hintergrund, Soffiten, Kulissen, Versatz- und Dekorationsstücken —, ein Werk der bildenden Künste im Sinne des Gesetzes vom 9. Januar 1876 auch dann nicht ist, wenn dem Plane der Zusammenstellung eine künstlerische Idee zugrunde liegt, welche in einer des Schutzes fähigen malerischen, zeichnerischen oder plastischen Skizze ihren Ausdruck gefunden hat. Gemälde und Werke der Plastik, die bei dem Bühnenbilde verwendet werden, können für sich den Schutz des Gesetzes genießen; das Bühnenbild als solches ist ein Werk der bildenden Künste nicht, weil es weder ein künstlerisches Gebilde von fester, gleichbleibender Form darstellt noch den Endzweck der Verwirklichung des Schönen in sich selbst trägt, sondern immer nur Ausstattung zu anderem Zwecke bleibt. (Urt. des I. ZS. vom 29. Mai 1907). ———n.

981

IV.

§ 126 HGB. Keine Haftung der offenen Handelsgesellschaft für ein schuldhaftes Verhalten eines Gesellschafters, das ihm außerhalb des Bereichs seiner geschäftlichen Tätigkeit und nur bei Gelegenheit, nicht in Ausführung einer geschäftlichen Verrichtung zur Last fällt. Am 24. Januar 1903 abends nach 7 Uhr wurde der Kläger auf der Ortsstraße Sp. von dem mit zwei Pferden bespannten Wagen der beklagten Firma, den der Gesellschafter Otto L. zu einer Geschäftsreise benützte, überfahren und verletzt. In einem Vorprozeß ist die Beklagte zum Ersatz der Heilungskosten des Klägers und des Erwerbsentgangs rechtskräftig verurteilt worden. Jetzt verlangt der Kläger Zahlung eines Schmerzensgeldes, Erstattung des Lohnausfalles sowie Entrichtung einer Jahresrente von 750 Mk. seit dem 1. Januar 1905. Der Anspruch ist darauf gestützt, daß der Wagen in der engen, abschüssigen Straße zu rasch gefahren sei und, obwohl Schnee lag, kein Schellengeläute gehabt habe. Kläger habe infolge des Unfalles ein schiefes und verkürztes Bein und sei dauernd erwerbsbeschränkt. Die Vorinstanzen haben die Klage dem Grunde nach für gerechtfertigt erklärt; das Reichsgericht hob die Urteile auf.

Aus den Gründen: Das Reichsgericht hat für das bis zum Jahre 1900 geltende Recht in ständiger Rechtsprechung die Haftung der offenen Handelsgesellschaft für eine unerlaubte Handlung des vertretungsberechtigten Gesellschafters bejaht, die er im inneren Zusammenhang mit dem Geschäftsbetrieb begangen hatte, und zwar auch dann, wenn die Handlung nicht gerade rechtsgeschäftlicher Natur war (Entsch. Bd. 20 S. 190; 32 S. 32; 46 S. 18). Für das neue Recht hiervon abzuweichen, besteht um so weniger Anlaß, als § 126 HGB. im Verhältnis zu Art. 114 ADHGB. die Vertretungsmacht des Gesellschafters eher ausgedehnt als eingeschränkt hat. Erfordernis der Haftung ist jedoch, daß der Gesellschafter die Handlung in Ausführung einer ihm als solchem zustehenden Verrichtung vorgenommen hat. Hier befand sich Otto L. auf einer Geschäftstour, die er, um für die Waren der Gesellschaft Absatz zu finden, und mit Mitteln der Gesellschaft, nämlich mit ihrem Gespann und ihrem Kutscher unternommen hat. Die Fahrt war sohin an und für sich eine geschäftliche Verrichtung. Dem Otto L., der im Innern des Wagens saß, liegt indes nur zur Last, daß er den Kutscher nicht überwacht und dessen zu schnelles Fahren, das den Unfall verursachte, nicht verhindert hat. Sei es nun, daß die örtlichen Verhältnisse, die enge, abschüssige, mangelhaft beleuchtete Straße und die vorhandene Schneebahn, eine Ueberwachung des Kutschers erheischten, oder daß, wie das Berufungsgericht angenommen hat, das Fehlen des durch Polizeiverordnung vorgeschriebenen Schellengeläutes die Ueberwachung notwendig machte, so fiel doch die Versäumnis nach Lage des Falls außerhalb des Bereichs der Tätigkeit, die dem L. als Gesellschafter oblag und zustand. Er hat die Unterlassung nicht in Ausführung, sondern nur für seine Person bei Gelegenheit der geschäftlichen Verrichtung begangen. Die Sache mußte an das Berufungsgericht zurückverwiesen werden. Denn die Klage ist nicht bloß auf ein Verschulden des L., sondern auch darauf gestützt, daß der von der Beklagten angestellte Kutscher D. durch zu schnelles Fahren den Unfall herbeigeführt habe, daß also die Beklagte auch aus § 831 BGB. hafte. Die Beklagte hat hiergegen den Entlastungsbeweis nach § 831 Abs. 2 angetreten, der noch zu erheben ist. (Urt. des VI. ZS. vom 22. April 1907). D.

965

B. Strafsachen.

I.

Unzulässige Ablehnung eines Beweisantrags (§ 243 StPO.). Die vom Angeklagten beantragte Vernehmung von Zeugen darüber, daß die Zeugin P. (zu deren Schaden einen Diebstahl verübt zu haben der Angeklagte beschuldigt war) sehr streitsüchtig und unglaubwürdig sei, wurde abgelehnt, „weil die unter Beweis gestellten Tatsachen für die Beurteilung der Schuldfrage und auch für die Zumessung der Strafe völlig unerheblich sind, da einesteils die Bekundungen der Zeugin P. durch die vom Zeugen K. (einem mit den Ermittelungen beauftragten Kriminalbeamten) bestätigt werden, anderseits im übrigen die Richtigkeit der Bekundung der P. dahingestellt bleiben mag“. Die Rüge unzulässiger Beschränkung der Verteidigung durch Ablehnung des Beweisantrags mußte Erfolg haben. Die Streitsüchtigkeit der Zeugin P. ist offenbar als ein

unterstützendes Moment für die Unglaubwürdigkeit angezogen worden. Wenn nun auch der Beschluß des Erstrichters dahin aufzufassen ist, er schenke der Aussage der Zeugin P. nur insoweit Glauben, als sie durch die Bekundungen des Zeugen K. bestätigt werde, erhellt doch, daß er die Zeugin — wenn auch in beschränktem Umfange — für glaubwürdig erachtete. Ob er dies angesichts des Beweisantrags tun konnte, vermochte er erst zu entscheiden, wenn er die Zeugen gehört hatte, die der Angeklagte für die Streitsucht und Unglaubwürdigkeit der Zeugin P. überhaupt und damit auch in jenem beschränkten Umfange benannt hatte. Die ohne Abhör der Zeugen getroffene Entscheidung ist eine unzulässige Vorwegnahme des Beweises und damit eine Verletzung der Pflicht zur Ermittelung der materiellen Wahrheit nach § 243 StPO. Dazu kommt noch, daß auch Bedenken in der Hinsicht bestehen, ob nicht der Erstrichter bei der Begründung des Urteils die im Beschlusse gegebene Zusage außer acht gelassen hat. Wenn es auch im wesentlichen auf dem der Revisionsinstanz entzogenen Gebiete der Beweiswürdigung liegt, auf Grund welcher Tatsachen der Erstrichter zu der Ueberzeugung gelangte, es sei ein Diebstahl und zwar unter den erschwerenden Umständen des § 243 Nr. 3 StGB. verübt worden, so scheint doch die Annahme, daß Türe und Schublade versperrt waren, daß das Türschloß nicht richtig funktionierte, daß die Kommode offen stand, lediglich auf den diesbezüglichen Aussagen der Zeugin P. und nicht auf den Feststellungen des Zeugen K. zu beruhen. Aus dem Urteil ist auch nicht zu entnehmen, wie durch diesen Zeugen der Einwand des Angeklagten, die Zeugin P. „habe den ganzen Diebstahl erfunden“, widerlegt worden ist und widerlegt werden konnte. Eben dieser Umstand ruft auch das Bedenken wach, ob sich der Erstrichter bei dem Beschlusse darüber klar war, inwieweit die Angaben des nach der Anzeige über die Verübung des Diebstahls mit Ermittelungen beauftragten Zeugen K. die Aussagen der Zeugin P. hinsichtlich des festzustellenden Tatbestandes stützen konnten und ob ohne die Heranziehung der Aussage dieser Zeugin auch in dem von K. nicht bestätigten Teile dieser Tatbestand überhaupt feststellbar war. (Urt. des V. StS. vom 26. April 1907, 5 D 74/07).

959 — — — e —

II.

Einfluß der Ueberzeugung des Angeklagten von der Rechtswidrigkeit der auf Grund eines erschlichenen Vollstreckungstitels vorgenommenen Pfändung auf die Frage, ob versuchte Erpressung vorliegt (§§ 253, 43 StGB.). Nach dem Urteile hatte Ferdinand A. gegen den Angeklagten eine Forderung auf Zahlung einer Geldsumme gerichtlich geltend gemacht, hierwegen ein rechtskräftiges Urteil erstritten und darauf die in Rede stehende Pfändung veranlaßt, zu deren Aufhebung ihn der Angeklagte durch die Drohung mit einer Strafanzeige wegen Meineids zu bestimmen versucht hatte. Ob das Verlangen nach der Aufhebung der Pfändung unter den obwaltenden Umständen objektiv rechtswidrig war, braucht nicht entschieden zu werden; denn es würde ausreichen, wenn der Angeklagte sein Verlangen für rechtswidrig hielt, da es sich nur um versuchte Erpressung handelt (Rspr. d. RG. Bd. 7 S. 248). In den Urteilsgründen wird nun ausdrücklich erklärt, es solle die Frage unentschieden bleiben, ob der von Ferdinand A. gegen den Angeklagten erhobene Anspruch sachlich begründet war oder nicht. Daraus folgt die Notwendigkeit, davon auszugehen, daß dies nicht der Fall war. Das Gericht hat dies auch nicht verkannt, denn es findet den vom Angeklagten erstrebten Vermögensvorteil nicht in der Beseitigung der Verpflichtung zur Bezahlung der rechtskräftig festgesetzten Summe überhaupt, sondern nur in der Aufhebung der Pfändung. Es weist zur Begründung darauf hin, daß der Angeklagte auf Grund des rechtskräftigen Urteils zunächst zur Zahlung der Summe verpflichtet und nur berechtigt war, seine Ansprüche auf Rückerstattung im Wege Rechtens geltend zu machen, und es stellt fest, daß der Angeklagte dies wußte. Allein aus der Kenntnis der gesetzlichen Vorschrift, daß rechtskräftig festgestellte Ansprüche im Wege der Zwangsvollstreckung durchgesetzt werden dürfen, folgt noch nicht ohne weiteres die Ueberzeugung von der Rechtmäßigkeit der Pfändung und damit von der Rechtswidrigkeit des Verlangens nach deren Aufhebung, wenn der Schuldner den erhobenen Anspruch selbst für unbegründet hält. Denn das formale Recht zur Zwangsvollstreckung schließt die materielle Rechtswidrigkeit ihrer Durchführung keineswegs aus. Ein rechtlich unbegründeter Anspruch verwandelt sich dadurch noch nicht in einen rechtlich begründeten, daß die Gerichte ihn anerkannt und damit ermöglicht haben, seine Erfüllung zu erzwingen (RGE. Bd. 34 S. 282). Die Zwangsvollstreckung aus einem erschlichenen vollstreckbaren Schuldtitel ist unter allen Umständen eine verwerfliche und gegen die guten Sitten verstoßende Handlung (vgl. Entsch. Bd. 20 S. 56). Der Angeklagte konnte deshalb die Pfändung für rechtswidrig halten, obwohl er wußte, daß er sie sich gefallen lassen müsse. Es ist dabei ferner zu berücksichtigen, daß das Gesetz die Absicht, sich einen rechtswidrigen Vermögensvorteil zu verschaffen, fordert, demnach der eventuelle Vorsatz auch in Ansehung der Rechtswidrigkeit des erstrebten Vermögensvorteils zur Erfüllung des subjektiven Tatbestandes nicht ausreicht. Diese sohin zu erfordernde Ueberzeugung des Angeklagten von der Rechtswidrigkeit seines Verlangens hat das Gericht nicht unzweideutig festgestellt, obwohl es nach der Verteidigung des Angeklagten dazu verpflichtet war. Das Urteil mußte daher aufgehoben werden. (Urt. des V. StS. vom 20. April 1907, 5 D 1220/06).

962 — — — e —

III.

Idealkonkurrenz. Fortgesetzte Handlung. (§ 73 StGB.). Die Anschauung, die unter Anklage stehenden Urkundenfälschungen nach §§ 269, 268 StGB. seien durch dieselbe Handlung begangen, wie die schon rechtskräftig abgeurteilten Unterschlagungen, wird zunächst darauf gestützt, daß die fälschliche Anfertigung der Quittungen „nur das Mittel bildete, sich die Beträge zu verschaffen, die der Angeklagte sich anzueignen beabsichtigte“. Zum Nachweise der Idealkonkurrenz zwischen Unterschlagung und Urkundenfälschung wäre aber diese Erwägung ungeeignet, soferne zwei zeitlich auseinanderliegende Handlungen vorlägen, deren eine den Tatbestand der Urkundenfälschung, deren andere den Tatbestand der Unterschlagung erfüllte. Die Selbständigkeit solcher Straftaten würde dadurch nicht ausgeschlossen, daß die eine zum Zwecke der Begehung der anderen verübt wurde oder die eine das Mittel zur Ermöglichung der Begehung der anderen bildete (vgl. Rspr. Bd. 8 S. 762). Gegen die Annahme der Idealkonkurrenz wäre rechtlich nur dann nichts einzuwenden, wenn nach den besonderen Umständen des Falles ein Teil der den Tatbestand der Urkundenfälschung begründenden Handlungen mit einem Teile der den Tatbestand der Unterschlagung begründenden zusammenfiele (vgl. RGE. Bd. 32 S. 137).

Ein weiteres Bedenken ergibt sich daraus, daß nach dem Inhalte des angefochtenen Urteils die einzelnen Urkundenfälschungen nicht überall mit einem derjenigen Unterschlagungsakte verbunden verübt sind, die den Gegenstand der rechtskräftigen Verurteilung bildeten. Diese Verurteilung ist nur in dreien der Fälle erfolgt, in denen der Angeklagte durch die jetzt in Frage kommenden Urkundenfälschungen Geld erlangt hat. Gleichwohl erachtet der Erstrichter den Straf-

anspruch wegen aller Urkundenfälschungen deshalb für verbraucht, weil ebenso, wie die sämtlichen Unterschlagungsfälle im rechtskräftigen Urteile als durch eine fortgesetzte Handlung begangen erachtet sind, auch die jetzt zur Aburteilung stehenden Einzelfälle der Urkundenfälschung unter sich ein auf einheitlichem Vorsatze beruhendes fortgesetztes Verbrechen darstellten. Diese Feststellung wird mit der Ausführung begründet: Hinsichtlich der Unterschlagungen habe der Angeklagte den Gedanken gehabt, immer wieder das Vorhandensein des Fehlbetrags durch erneute Unterschlagungen „später eingehender“ Gelder zu verheimlichen; daraus ergebe sich notwendig, daß er den Willen gehabt habe, in Zukunft bei jeder — sich ihm unter den obwaltenden Verhältnissen leicht bietenden — Gelegenheit das zur Deckung seines Fehlbetrags erforderliche Geld sich gegen eine gefälschte Quittung zu verschaffen. Diese Begründung kann die Annahme einer fortgesetzten Urkundenfälschung nicht rechtfertigen. Voraussetzung dafür war die Feststellung, daß die Einzelhandlungen nur unselbständige Ausführungsakte einer und derselben vom Angeklagten nach ihrem Gesamterfolge von vorneherein ins Auge gefaßten Straftat waren (RGE. Bd. 30 S. 164). Der Wille, bei Gelegenheit eine Urkundenfälschung zu begehen, enthält für sich allein nicht wesentlich mehr, als den Ausdruck der Geneigtheit, je nach Befund der Sachlage im gegebenen späteren Zeitpunkt eine Urkundenfälschung zu begehen. Den Vorsatz, eine Straftat zu begehen, erschöpft ein solcher Wille nicht, solange er sich nicht in der Richtung auf eine bestimmte Tat konkretisiert hat. Zwar muß der Wille zur Tat nicht die Einzelheiten ihrer Ausführung umfassen, wenn man vom Vorhandensein des Vorsatzes sprechen will, aber es fordert dieser doch begrifflich die Kenntnis der konkreten Tatumstände, in denen sich die gesetzlichen Merkmale verkörpern und deshalb muß die Tat in irgend einer Richtung, nach Ort und Zeit der Ausführung oder nach ihrem Gegenstande usw. in der Vorstellung des Täters mit einer das Wesentliche jener Tatumstände umfassenden Bestimmtheit geplant sein. Zu dem nur allgemein und unbestimmt gehegten Willen, bei Gelegenheit eine durch die Erfordernisse des Augenblicks als erwünscht an die Hand gegebene Straftat — wenn auch von gewisser rechtlicher Gestaltung — zu begehen, muß, ehe er sich in den Vorsatz zur konkreten Tat umsetzt, noch die Kenntnis der besonderen Umstände des Einzelfalls und der Entschluß zum Handeln unter diesen besonderen Umständen hinzutreten (vgl. RGE. Bd. 26 S. 175). Hier könnte von fortgesetzter Urkundenfälschung nur die Rede sein, wenn der Angeklagte vor Vornahme der ersten in den Bereich der fortgesetzten Straftat fallenden Ausführungshandlung in dem gekennzeichneten Sinne einen bestimmten, eine Mehrzahl von Urkundenfälschungen umfassenden Gesamterfolg ins Auge gefaßt und nur beschlossen hätte, diesen Gesamterfolg nicht auf einmal, sondern durch eine Mehrzahl von Ausführungsakten herbeizuführen. (Urt. des V. StS. vom 26. Febr. 1907, 5 D 998/06).

854 — — — e —

Oberstes Landesgericht.

A. Zivilsachen.

I.

Voraussetzungen und Verfahren für die Anlegung eines Grundbuchblatts für ein bisher buchungsfreies Grundstück auf Grund behaupteter außerordentlicher Ersitzung des Miteigentums. Unzulässigkeit einer Vormerkung. (DA. f. d. GBA. §§ 510, 514). Der Langackerweg Pl.-Nr. 411 StG. W., der zwischen Grundstücken der Anwesen Haus Nr. 49 und Haus Nr. 50 des Marktes W. hindurchführt und von den Bewohnern mehrerer Häuser als Zufahrt zu den östlich liegenden Grundstücken benutzt wird, ist seit 1840 im Grundsteuerkataster als Eigentum der Gemeinde W. vorgetragen und deshalb bei der Anlegung des Grundbuchs als buchungsfrei angesehen worden. Der Bauer Joseph R. in W., Eigentümer von Haus Nr. 50, hat in den letzten Jahren mehreren Nachbarn, die das Recht in Anspruch nehmen, durch seinen Hofraum zu fahren, das Durchfahrtsrecht im Wege der Klage bestritten, behauptet nunmehr, Eigentümer oder Miteigentümer des Weggrundstücks zu sein und hat bei dem Grundbuchamte den Antrag gestellt, für Pl.-Nr. 411 ein Grundbuchblatt anzulegen und ihn als Eigentümer oder Miteigentümer zur Hälfte neben dem Besitzer von Haus Nr. 49, dem Gastwirte F., einzutragen oder vorzumerken. Zur Glaubhaftmachung wurde beglaubigter „Extrakt aus einem bei dem oberpfälzischen Marktmagistrat vorhandenen Briefsprotokoll zu W. von 1803“ vorgelegt. Hiernach hat die Bürgermeistersfrau Barbara M., der die beiden jetzt als Haus Nr. 49 und Haus Nr. 50 bezeichneten Anwesen gehörten, mit Zustimmung ihres Mannes an Michael R. — den Großvater des R. — das jetzige Anwesen Haus Nr. 50 verkauft. Unter den verkauften Grundstücken wird angeführt „der Theil von dem langen Acker von dem gegenwärtigen Fahrtweg bis an den Zaun mit einem Strichel Wiesen — — zwischen der Verkäufer andern halben Acker und der Hirtenwiesen liegend mit der Befugniß, die freye Ein- und Ausfuhr über den Fahrtweg der Verkäuferin des langen Ackers ungehindert benützen zu dürfen per 100 — und jährlicher Verreichung des beständigen Zinses zu 4 fl. — —“. Diese Vertragsbestimmung legte R. dahin aus, daß der Fahrweg an Michael R. verkauft worden sei und die Verkäuferin sich nur ein Fahrtrecht vorbehalten habe. Der Weg sei ständig von den Besitzern der Anwesen Haus Nr. 49 und Haus Nr. 50 je zur Hälfte unterhalten worden, daher sei die jährliche Vergütung für die Wegbenutzung weggefallen, seit mehr als 60 Jahren hätten die beiden Nachbarn den Weg je zur Hälfte als ihr Eigentum betrachtet und man wisse nicht anders, als daß der Weg ihnen gehöre. Zum Nachweise benannte er mehrere Zeugen. Gegenüber der Eintragung im Grundsteuerkataster berief er sich auf eine Mitteilung des Katasterbureaus, nach der bei der Aufnahme der nicht steuerbaren Grundflächen von genauer Ermittelung der Eigentumsverhältnisse abgesehen worden ist. In dem notariellen Uebergabsvertrage vom 16. Febr. 1887, durch den Joseph R. das Haus Nr. 50 von seinen Eltern erworben hat, ist Pl.-Nr. 411 oder ein Anteil daran nicht erwähnt. Das Grundbuchamt hat ohne Ermittelungen den Antrag abgewiesen. Die Beschwerde des R. wurde zurückgewiesen. Auf weitere Beschwerde des Joseph R. hat das Oberste Landesgericht die Entscheidung des Landgerichts aufgehoben und die Sache zurückverwiesen.

Aus den Gründen: In dem Vertrage vom 30. Juni 1803 ist die jetzt als Pl.-Nr. 411 bezeichnete Wegfläche als Bestandteil des Gesamtanwesens der Verkäuferin behandelt worden, sie scheint also damals nicht Gemeindeweg gewesen zu sein. Das Beschwerdegericht hat aber aus der Vertragsurkunde mit Recht entnommen, daß der Beschwerdeführer den Erwerb der Wegfläche nicht aus dem Vertrage herleiten könne. Nach seinem klaren Wortlaute ist dem Käufer nur die „freie Ein- und Ausfuhr über den Fahrtweg der Verkäuferin des Langackers“ eingeräumt worden, die Auslegung, die R. dem Vertrage geben will, ist unmöglich. Zu einer späteren Uebertragung des Eigentums oder zur Begründung eines Miteigentums war bis zum 1. Juli 1862 nach Bayer. LR. T. IV K. 3 § 26 ein „obrigkeitlich errichteter“, seitdem ein notarieller Vertrag notwendig, ein solcher ist aber nicht geschlossen worden. Es kommt also nur Ersitzung in Frage.

Die Behauptungen des R. können zwar nicht den Antrag begründen, ihn als Alleineigentümer einzutragen oder „vorzumerken", aber die Möglichkeit des Erwerbes eines Miteigentums ist nicht ausgeschlossen. Wenn die Eigentümer der beiden an den Weg angrenzenden Anwesen Haus Nr. 49 und Haus Nr. 50 infolge des Uebereinkommens, durch das die letzteren an Stelle der Entrichtung des Jahreszinses von 4 fl. die Unterhaltung des Weges zur Hälfte übernommen haben, einander als Miteigentümer der Wegfläche ansahen und demgemäß die Fläche gemeinschaftlich besaßen, so konnte dieses Besitzverhältnis im Wege der außerordentlichen Ersitzung nach LR. T. II K. 4 § 6 Nr. 3 zum Erwerbe des Miteigentums für die Eigentümer des Anwesens Haus Nr. 50 führen. Die Meinung der Eigentümer des Anwesens Haus Nr. 49, daß die Wegfläche gemeinschaftlich sei, könnte einen Anhalt für die Annahme bieten, daß die Eigentümer des Anwesens Haus Nr. 50 sich in gutem Glauben befanden, und der Umstand, daß in dem Uebergabsvertrage vom 16. Februar 1887 ein Anteil an Pl.-Nr. 411 nicht erwähnt ist, würde unschädlich sein, weil eine Ungenauigkeit in der Beschreibung des den Gegenstand des Vertrags bildenden Anwesens der Wirksamkeit der Eigentumsübertragung nicht entgegenstand. Gegenüber der Gemeinde, die im Grundsteuerkataster als Besitzerin bezeichnet ist, wird gegebenenfalls nach §§ 510, 514 der DA. f. d. GBA. zu verfahren sein. Für die Eintragung einer Vormerkung ist in dem Verfahren zur Anlegung eines Blattes für ein nicht eingetragenes Grundstück kein Raum. Das Blatt wird erst angelegt, wenn nach Maßgabe des § 514 DA. festgestellt ist, wer als Eigentümer einzutragen ist. (Beschluß des I. ZS. vom 25. Mai 1907, Reg. III. 33/1907). W.

985

II.

Kann die Eintragung des Ausscheidens eines Genossen von Amts wegen gelöscht werden, weil die Anerkennung des Ausscheidens durch den Vorstand der in § 71 Abs. 2 GenG. vorgeschriebenen Form entbehrte? Am 20. Dez. 1906 hat das Registergericht auf Antrag des Genossen B. in der Liste der Genossen dessen Anspruch vorgemerkt, zum Schlusse des Geschäftsjahres 1906 aus der Molkereigenossenschaft A. auszuscheiden. Später ging eine von allen Mitgliedern des Vorstandes unterschriebene Erklärung ein, daß B. seinen Austritt zum Schlusse des Geschäftsjahres erklärt habe und daß die Aufkündigung rechtzeitig erfolgt sei. Hierauf wurde das Ausscheiden des B. zum 31. Dez. 1906 in der Liste eingetragen. Am 20. März 1907 benachrichtigte das Registergericht die Beteiligten, daß es beabsichtige, die Eintragung zu löschen, weil der Vorstand den Anspruch des B. auf Ausscheiden nicht in der in § 71 Abs. 2 GenG. vorgeschriebenen beglaubigten Form anerkannt habe. Der Widerspruch der Genossenschaft wurde zurückgewiesen. Der sofortigen Beschwerde wurde der Erfolg versagt. Das LG. legte der Vorschrift des § 71 Abs. 2 GenG. die Bedeutung einer zwingenden Vorschrift bei, die ihren Grund darin habe, daß das Anerkenntnis des Vorstandes auf den Tag der Vormerkung zurückwirken solle, und folgerte daraus, daß die Beobachtung der Form eine wesentliche Voraussetzung für die Zulässigkeit der Eintragung im Sinne des § 142 Abs. 1 FGG. sei. Der weiteren Beschwerde wurde stattgegeben.

Gründe: Nach § 70 Abs. 2 GenG. wird das Ausscheiden eines Genossen, das nach den §§ 65—68 nur zum Schluß des Geschäftsjahres stattfindet, erst mit der Eintragung der das Ausscheiden begründenden Tatsache und des aus den Urkunden hervorgehenden Jahresschlusses in der Liste der Genossen wirksam. Wird die Eintragung erst im Laufe eines späteren Geschäftsjahres bewirkt, so erfolgt das Ausscheiden erst mit dem Schlusse dieses Jahres. Gegen die Folgen einer Verzögerung kann sich der Genosse gemäß § 71 durch Erwirkung einer Vormerkung schützen, die die Tatsache ersichtlich macht, auf Grund deren er das Ausscheiden beansprucht, und den Jahresschluß, zu dem er es beansprucht. Das Ausscheiden gilt als am Tage der Vormerkung eingetragen, wenn der Vorstand den Anspruch in beglaubigter Form anerkennt oder zur Anerkennung rechtskräftig verurteilt wird und dies bei Einreichung des Anerkenntnisses oder Urteils der Vormerkung hinzugefügt wird. Die Vorschrift, daß das Anerkenntnis beglaubigt sein muß, die in §§ 76, 77 für die dort bezeichneten Fälle wiederkehrt, hat denselben Zweck wie die des § 157 Abs. 1, nach der die Anmeldungen zum Genossenschaftsregister in beglaubigter Form einzureichen sind, soferne sie nicht von den Vorstandsmitgliedern persönlich bewirkt werden: sie soll die Echtheit der Erklärung gewährleisten. Sie ist nicht eine Vorschrift des materiellen Rechtes, die Gewähr für Ernstlichkeit des Willens bieten und vor Uebereilung bewahren soll, sondern eine Verfahrensvorschrift. Auf Grund eines nicht in beglaubigter Form eingereichten Anerkenntnisses darf das Registergericht die Eintragung nicht machen; ist sie aber gleichwohl vorgenommen worden, so kommt ihr die in § 71 Abs. 2 bestimmte Wirkung zu, sofern nur die Anerkennung wirklich erfolgt ist. Die Beglaubigung ist deshalb nicht eine wesentliche Voraussetzung im Sinne der §§ 142, 147 FGG. Die trotz ihres Fehlens erfolgte Eintragung darf nicht von Amts wegen gelöscht werden. (Beschluß vom 24. Mai 1907). ———k.

970

III.

In Zwangserziehungssachen hat sich die Entscheidung im Kostenpunkt auf Art. 12 Abs. 3 des Zwangserziehungsgesetzes, nicht auf Art. 131 Abs. 2 AG. z. BGB. zu stützen. Das Landgericht W. hatte in der Zwangserziehungssache des Jakob F. von L. die Beschwerde des Vaters gegen die Anordnung der Zwangserziehung zurückgewiesen und dem Beschwerdeführer nach Art. 131 Abs. 2 des AG. z. BGB. die Kosten zur Last gelegt. Das Oberste Landesgericht hat die weitere Beschwerde des Vaters in der Hauptsache auf Grund des § 27 FGG. zurückgewiesen und nur die Entscheidung im Kostenpunkt aus folgenden Gründen aufgehoben: Das Beschwerdegericht hat statt des Art. 12 Abs. 3 Satz 2 des ZEG. den Art. 131 Abs. 2 AG. z. BGB. angewendet. Nach der maßgebenden Vorschrift können die durch unbegründete Anträge und Einwendungen, insbesondere auch durch eine unbegründete Beschwerde, verursachten Kosten den Beteiligten überbürdet werden; die Kostenpflicht trifft die Beteiligten nicht kraft des Gesetzes, sondern es steht im Ermessen des Gerichts, ob sie ihnen auferlegt werden soll. Da im vorliegenden Falle besondere Gründe, von dieser Möglichkeit Gebrauch zu machen, nicht bestehen, so ist die Kostenentscheidung aufzuheben. Einer Entscheidung über die Kosten der weiteren Beschwerde bedarf es nach dem Art. 12 Abs. 3 ZEG. nicht. (Beschluß des I. ZS. vom 24. Mai 1907, Reg. III 29/1907).

986 W.

IV.

Uebernahme der Vormundschaft durch ein anderes Gericht. (FGG. § 46). Für die am 2. Februar 1902 geborene B. J., uneheliche Tochter der Maschinenstrickerin Walburga J. von P., ist die Vormundschaft bei dem Amtsgericht A. anhängig; als Vormund war der Schuhmacher M. R. in P. bestellt. W. J. befindet sich als Gefangene im Zuchthause; der Mündel ist seit dem Herbste 1904 bei dem Zuschneider H. in M. untergebracht. Im April 1907 erhielt das Vormundschaftsgericht von dem Waisenrate M. die Mitteilung, daß der

Mündel bei H. nicht gut verpflegt und beaufsichtigt ist. Als das Gericht dem Vormunde davon Kenntnis gab, erklärte dieser, es sei ihm unmöglich, von P. aus eine wirksame Aufsicht auszuüben. Hierzu werde nur ein in M. wohnender Vormund imstande sein; er beantrage daher, ihn zu entlassen. Das Vormundschaftsgericht gab seinem Antrage statt und ersuchte das Amtsgericht M., die Vormundschaft zu übernehmen. Dieses lehnte ab. Das Vormundschaftsgericht legte darauf die Akten nach § 46 FGG. dem Obersten Landesgerichte vor, welches entschied, daß das Amtsgericht M. die Vormundschaft nicht zu übernehmen hat.

Gründe: Der Vormund hat für die Person des Mündels zu sorgen, ihn zu erziehen, zu beaufsichtigen und seinen Aufenthalt zu bestimmen (§§ 1631, 1793, 1800 BGB.). Das Vormundschaftsgericht hat die Aufsicht über die Tätigkeit des Vormundes zu führen (§ 1837). Demgemäß ist in § 12 der Bek. vom 19. Januar 1900, das Vormundschaftswesen betr., als Pflicht des Vormundschaftsrichters bezeichnet, „dem Vormunde stets an die Hand zu gehen und ihn nach bestem Wissen und Gewissen zu unterstützen". Handelt es sich darum, ob der Mündel anderswo untergebracht werden soll, so kann das Vormundschaftsgericht eingreifen, ohne an die Mitwirkung des Vormundes gebunden zu sein. Hiernach lag weder ein wichtiger Grund (§ 1889) dazu vor, den Vormund zu entlassen, noch besteht ein wichtiger Grund für die Abgabe der Vormundschaft an ein anderes Gericht. Sollten das Vormundschaftsgericht oder der zu bestellende neue Vormund nach den von dem Gemeindewaisenrate M. erhaltenen Mitteilungen noch weitere Ermittelungen darüber für erforderlich halten, wie der Mündel bei dem Zuschneider H. untergebracht ist, so werden auch die weiteren Aufschlüsse von dem Gemeindewaisenrate M. ohne Schwierigkeiten zu erhalten sein. Die Abgabe der Vormundschaft an das Amtsgericht M. ist um so weniger gerechtfertigt, als die Möglichkeit naheliegt, daß der Mündel in seiner Heimatgemeinde P. untergebracht wird. Das Vormundschaftsgericht meint, ein in M. wohnender Vormund könne auf Grund der durch eigenen Einblick in die Verhältnisse gewonnenen Erfahrung der Heimatgemeinde Vorschläge für die Unterbringung des Kindes machen, und wenn die Gemeinde es nach P. übernehme, könne die Vormundschaft wieder an das Amtsgericht A. abgegeben werden. Das Vormundschaftsgericht will also die Vormundschaft an das Amtsgericht M. abgeben, nicht damit sie dort anhängig bleibt, sondern nur damit dieses Gericht die Frage der Unterbringung des Mündels erledigt. Hiermit verkennt es seine Aufgabe. Der Umstand, daß einzelne Ermittelungen einfacher Art, die das Vormundschaftsgericht für erforderlich hält, im Bezirke eines anderen Gerichts vorgenommen werden müssen, kann nicht einen Grund für die Abgabe der Vormundschaft bilden. (Beschluß des II. ZS. vom 3. Juni 1907, Reg. IV 33/1907).

1000 W.

B. Strafsachen.

Wirkung einer distriktspolizeilichen Feuerlöschordnung bei mehrfachem Wohnsitze eines Feuerwehrpflichtigen. Prüfungsrecht der Gerichte trotz Zulässigkeit der Verwaltungsbeschwerde. Nach der distriktspolizeilichen Feuerlöschordnung für die Landgemeinden des Bezirksamtes S. sind feuerwehrpflichtig alle männlichen Einwohner vom 20. bis zum zurückgelegten 50. Lebensjahre. Nach § 23 steht die Entscheidung über die Zuteilung zur Feuerwehr und über die Befreiung von dem Feuerwehrdienste dem Bürgermeisteramte zu. Gegen diese Entscheidung kann sowohl der Betreffende als das Feuerwehrkommando innerhalb 7 Tagen bei dem Bezirksamte Berufung einlegen. Jeder Feuerwehrmann ist nach § 39 verpflichtet, bei Bränden und Uebungen regelmäßig zu erscheinen. Zuwiderhandlungen werden gemäß § 368 Nr. 8 StGB. bestraft. Der Angeklagte, der auf Grund des § 23 der Feuerwehr in D. zugeteilt worden war, ist zu zwei vorschriftsgemäß bekannt gemachten Uebungen nicht erschienen; er hat geltend gemacht, er sei in D. nicht feuerwehrpflichtig, weil er seinen Wohnsitz nach M. verlegt habe, auch habe er von den Uebungen keine Kenntnis erhalten. Vom Erstrichter wurde er verurteilt mit der Annahme, er habe seinen Wohnsitz nicht in M., vielmehr sei D. der Mittelpunkt seiner wirtschaftlichen Tätigkeit; dort werde er fast jeden Tag gesehen, von dort fahre er fast jeden Morgen zur Bahn. Die Uebungen der Feuerwehr würden in D. ortsüblich durch die Schelle bekannt gemacht. Das Berufungsgericht sprach den Angeklagten frei, in der Annahme, er habe vom Mai 1906 bis Frühjahr 1907 — die Uebungen waren im Herbste 1906 — seine Wohnung in M. gehabt und sei deshalb für diese Zeit als Einwohner von M. und nicht von D. zu betrachten. Das Bürgermeisteramt in D. habe die gesetzlichen Schranken seiner polizeilichen Anordnungsbefugnis überschritten. M. werde als Wohnsitz des Angeklagten auch dadurch nicht in Frage gestellt, daß letzterer öfter in D. gewesen sei und bei seinen Eltern übernachtet habe. Die Revision des Staatsanwaltes rügte Verletzung des § 368 Nr. 8 StGB., Art. 15 PStGB. und Nichtprüfung der Frage, ob nicht zwei Wohnsitze in Betracht kämen (BGB. § 7 II). Sie wurde für begründet erklärt.

Aus den Gründen: Die Revision weist mit Recht darauf hin, daß der Angeklagte, wenn er geltend machen will, er sei mit Unrecht als Einwohner von D. betrachtet worden und unter die Mitglieder der dortigen Pflichtfeuerwehr aufgenommen worden, den sowohl durch Art. 14 PStGB., wie insbesondere auch durch § 23 der Feuerlöschordnung vorgezeichneten Weg der Beschwerde innerhalb des für Verwaltungssachen bestehenden gesetzlichen Instanzenzuges hätte beschreiten müssen. Nichtsdestoweniger aber sind, auch angesichts des Art. 15 PStGB., die Gerichte befugt, mittelbar über diese Fragen zu entscheiden, weil es sich darum handelt, ob der Angeklagte in der hier fraglichen Zeit rechtsgültig auf Grund der angeführten Feuerlöschordnung dem § 368 Nr. 8 StGB. unterstellt werden konnte und unterstellt war. Ob dies der Fall war, hängt wesentlich davon ab, ob er nach dem geltenden Rechte als Einwohner von D. angesehen werden konnte, oder ob vielmehr der Umstand, daß er sich nach M. abgemeldet, dort eine Wohnung gemietet und auch Steuer entrichtet hat, dies ausgeschlossen hat. Nun ist von jeher, und besonders in der Pfalz, für die auf dem Wohnsitze beruhenden rechtlichen Beziehungen zu einer Gemeinde angenommen worden, daß bei Mangel anderweitiger Bestimmungen die Regeln des bürgerlichen Rechtes über den Wohnsitz maßgebend seien. (Vgl. Seydel, Bayer. Staatsr. (2.) Bd. 2 S. 49, 56, 54, 86 Note 97 und S. 638 Note 101). Nach § 7 II BGB. kann jemand gleichzeitig an mehreren Orten einen Wohnsitz haben. Es wäre deshalb zu prüfen gewesen, ob der Angeklagte nicht gleichzeitig auch einen Wohnsitz in D. gehabt hat. Bejahendenfalls hätte für die Zeit seines jeweiligen Aufenthaltes in D. die Feuerwehrpflicht sich auch auf ihn erstreckt. (Urt. vom 4. Mai 1907, RevR. Nr. 143/07).

941 H.

Oberlandesgericht München.

I.

Kann die Gebühr des § 24 RAGebO. neben der Prozeßgebühr verlangt werden? Die Frage wurde im Gegensatz zu der in Nr. 6 S. 135 dieses Jahrgangs der Zeitschrift abgedruckten Entsch. des OLG. Nürnberg verneint.

Gründe: Im gegebenen Fall ist nicht das Verfahren des § 109 ZPO. eingeschlagen, vielmehr der Antrag gemäß § 27 Ziff. 1 der bayer. HO. auf Grund Erklärung aller Beteiligten gestellt worden. Ob in einem solchen Falle der Anwalt neben der Prozeßgebühr die ³/₁₀ Gebühr des § 24 RAGebO. fordern könne, ist streitig. Es ist richtig, daß das OLG. Nürnberg in einem Beschluß vom 20. Januar 1907 im Fall des § 715 ZPO. die Gebühr dem Anwalt zugebilligt hat. Das Berufungsgericht pflichtet jedoch für den Fall des an das Prozeßgericht gerichteten Rückgabeantrags den Ausführungen von Pfafferoth in dessen Komm. zu RAGebO. (§ 24 Anm. 3 S. 136) bei, wonach der Rechtsanwalt die ³/₁₀ Gebühr nicht neben der Prozeßgebühr verlangen kann. Steht dem Anwalt für einen nach § 715 gestellten Antrag die besondere in § 24 RAGebO. vorgesehene Gebühr nicht neben der Prozeßgebühr zu, so kann dann, wenn der Anwalt des Klägers die Rückgabe der Sicherheit gar nicht gemäß § 715 ZPO. bei dem Prozeßgericht beantragt hat, das die Sicherheitsleistung anordnete, sondern bei der Hinterlegungsstelle, von der Anwendbarkeit des § 24 RAGebO. und von der Zulässigkeit einer Berechnung der dort vorgesehenen besonderen Gebühr keine Rede sein. Ob aber etwa nach den Art. 5 und 8 der VO. vom 26. März 1902 (Geb. der RA. i. d. A. d. Verwaltung und Verwaltungsrechtspflege betr.) dem Rechtsanwalt des Klägers für seinen an die Hinterlegungsstelle nach § 27 HO. gerichteten Rückgabeantrag noch ein Anspruch auf eine weitere besondere Gebühr neben der Prozeßgebühr zusteht, kann dahingestellt bleiben, da es sich hierbei doch nur um einen ihm etwa gegen seinen Auftragsgeber zustehenden Anspruch handeln könnte und eine Auslage für die Rücknahme der Sicherheit keinesfalls zu den Prozeß- oder Vollstreckungskosten gehört, die von dem Beklagten dem Kläger zu erstatten sind (Urt. vom 13. Mai 1907). ——k—

977

II.

Notwendigkeit des Anwaltswechsels; ausländische Anwaltskosten; Reisekosten (§ 91 ZPO.). In einer nach Beweiserhebung schließlich verglichenen Erbschaftssache mit einem Streitwert von etwa 20 000 Mk. verlangte die Klagepartei u. a. 105 Mk. (25 Dollar) eines amerikanischen Anwalts, 700 Mk. Kosten einer Reise nach Europa und die volle Vergleichsgebühr ihres Anwalts erstattet, letztere mit der Begründung, ihr früherer Anwalt F. sei während des Prozesses verstorben. Bei der Festsetzung wurden die Kosten des amerikanischen Anwalts zugebilligt, dagegen die Reisekosten und ⁵/₁₀ Vergleichsgebühr gestrichen.

Aus den Gründen des Beschlusses der Beschwerdeinstanz: Die Erstattungsfähigkeit der 105 Mk. Gebühren eines Anwalts in New-York sind nicht zu beanstanden, da dessen Quittung über 25 Dollar Beratungsgebühr vorliegt und der Betrag offensichtlich nicht zu hoch ist. Die Reise von Amerika nach Europa war nicht notwendig, weil die Klägerin beim Ableben der Erblasserin ohnehin noch in Deutschland war und damals schon von ihrem hiesigen Bevollmächtigten zweifellos genügende tatsächliche Information erhielt. Die Reise gilt auch offenbar nicht in erster Linie dem Prozeß, für welchen Klägerin nur ganz kurze Zeit ihres längeren Aufenthalts in Europa verwendet hat; die wichtigeren Prozeßunterlagen sind überhaupt nicht von ihr, sondern von deutschen Behörden erholt worden. Der jetzige Prozeßbevollmächtigte RA. S. hat allerdings keine Verhandlungsgebühr erhalten und deshalb von der Klägerin die ganze Vergleichsgebühr zu beanspruchen; erstattbar ist aber der Mehrbetrag über die Kosten eines Anwalts nicht, weil die Vollmacht nicht nur auf den früheren, nun gestorbenen RA. F., sondern auch auf dessen damaligen Sozius RA. O. lautet, der seine Berufstätigkeit noch ausübt, wenn auch nicht mehr in der Kanzlei des RA. F., welche RA. S. übernommen hat. (Beschl. vom 18. April 1907; BeschwR. 79/07 II).

916 N.

Oberlandesgericht Zweibrücken.

Unfall beim Holzschneiden mit einer Kreissäge; Frage der Haftung des Sägewerksbesitzers nach § 823 Abs. 1 und 2, § 662 BGB. Der Kläger, ein Holzhändler und Wirt, ließ im Dampfsägewerk des Beklagten Holz schneiden; die zum Schneiden bestimmte Kreissäge wurde vom Beklagten bedient, dem der Kläger das Holz hinreichte. Der Beklagte verließ, da er veranlaßt wurde, für einen anderen Kunden die von der gleichen Dampfmaschine getriebene Schrotmühle in Lauf zu setzen, die Holzsäge auf einen Augenblick und bat den Kläger, um keine Unterbrechung des Sägebetriebes eintreten zu lassen, für die kurze Zeit der Abwesenheit das Holzschneiden zu übernehmen. Der Kläger tat dies, brachte aber bald seine linke Hand in die Säge, die ihm vier Finger abriß. Die auf Verletzung der Vorschriften von § 823 Abs. 1 (Betrauung des mit der Arbeit nur oberflächlich vertrauten Klägers mit ungewöhnlich gefährlicher Maschinenarbeit) und Abs. 2 (Fehlen der nach den Unfallverhütungs-Vorschriften der Berufsgenossenschaft notwendigen Schutzhaube) gestützte Klage und die Berufung wurden zurückgewiesen.

Aus den Gründen: I. Der Kläger, der früher entweder selbst ein Sägewerk zu eigen gehabt oder wenigstens an einem solchen bei ihm aufgestellten Werke gearbeitet, auch schon mehrmals mit der Kreissäge des Beklagten Holz geschnitten hat, ist der zum Holzschneiden nötigen Handgriffe mächtig und mit der Gefahr des Hantierens an einer durch Dampf getriebenen Kreissäge vertraut gewesen. Nur hierauf kommt es an, nicht darauf, ob der Kläger eine besondere Gewandtheit oder Fertigkeit im Holzschneiden besaß. Einem Manne von der Erfahrung des Klägers durfte der Beklagte unbedenklich das Holzschneiden auf kurze Zeit überlassen. Die Entscheidung fällt nicht anders, auch wenn das Ansinnen, während der kurzen Abwesenheit das Holzschneiden zu besorgen, als ein Auftrag im Sinne des § 662 BGB. betrachtet wird. Da der Kläger bei der Uebernahme des Auftrags die mit der Geschäftsbesorgung verbundene Gefahr gekannt hat, liegt, insoweit die Erteilung des Auftrags in Frage ist, kein Verschulden des Beklagten vor. Für den Schaden aber, der dem Beauftragten bei der Ausführung des Auftrags entstanden ist, braucht der Auftraggeber nicht einzustehen, da ihm ein Verschulden nicht zur Last fällt (ROHG. 23. Februar 1876, SeuffArch. 31 Nr. 333, Matthiaß I 541). Eine Haftung des Auftraggebers hat, man mag dem Umstande, in wessen Interesse die Vollziehung des Auftrags geschieht, wie überhaupt der Billigkeit noch so große Bedeutung einräumen, umsoweniger statt, als das Eintreten des Klägers in die Rolle des Schnitters weder im alleinigen noch überwiegenden Interesse des Beklagten (Nichtabstellung des Triebwerks) vielmehr im beiderseitigen, wenn nicht überwiegenden Interesse des Klägers (ununterbrochener Fortgang des Schneidegeschäfts) erfolgte.

II. Das Fehlen der Schutzhaube, die sich nach den Unfallverhütungs-Vorschriften der Holzindustrie-Berufsgenossenschaft über der Kreissäge zu befinden hat, zur Zeit des Unfalls aber nicht da war, begründet keine Haftpflicht. Aus dem Gesichtspunkte des Auftrags nicht; denn der Kläger löste den Beklagten erst ab, als er ihm schon längere Zeit an der Säge geholfen hatte; er hat also den Auftrag in Kenntnis des Zustands der Säge übernommen und dabei aus freien Stücken, nicht durch ein Abhängigkeitsverhältnis

gebunden gehandelt Aber auch wegen einer Verletzung von § 823 Abs. 1 oder Abs. 2 BGB. kann die Klage nicht durchdringen, da der Kläger den Beweis für den ursächlichen Zusammenhang zwischen dem Mangel der Schutzhaube und dem Unfalle nicht erbringen kann. Dieser Beweis liegt dem Kläger ob, gleichviel ob er seinen Anspruch auf Abs. 1 oder Abs. 2 von § 823 gründet, also auch für den Fall, daß in den nach § 112 GewUVG. erlassenen Unfallverhütungs-Vorschriften ein wahres Schutzgesetz zu erblicken wäre,[1]) und der Kläger, obwohl er kein im Betriebe des Beklagten beschäftigter Arbeiter war, doch für die Zeit, wo er die Säge bediente, zu denjenigen Personen gehört haben sollte, zu deren Sicherung das Schutzgesetz dienen soll. Eine Vermutung für den ursächlichen Zusammenhang zwischen Schaden und Verschulden besteht nicht, mag die Schuld in dem Verstoße gegen ein Schutzgesetz oder in einer Widerrechtlichkeit beruhen, die nach den allgemeinen Grundsätzen über Haftung wegen Fahrlässigkeit zu beurteilen ist; sie besteht auch nicht für den Fall, daß der Verletzte, wie hier, genauere Angaben über den konkreten Hergang nicht macht und daß ihm dies im Hinblick auf die Besonderheit des Falles nicht zugemutet werden kann. Nur ist in einem solchen Falle zu prüfen, ob nicht die Wahrscheinlichkeit eines ursächlichen Zusammenhanges nach der Sachlage und nach der Erfahrung des täglichen Lebens groß ist und damit die Zurückführung des Schadens auf eine andere Ursache ausschließt. (Es wird ausgeführt, daß die Erhebungen über den Unfall eine solche Wahrscheinlichkeit nicht begründen). (Urteil vom 5. März 1907, L 2/07).

951 Mitget. von Oberlandesgerichtsrat Lunglmayr in Zweibrücken.

---

[1]) Anm. des Einsenders. Das OLG. Bamberg hat mit Urteil vom 21. Oktober 1905 (Jahrgang 1906 S. 126 dieser Zeitschrift) die Frage bejaht, sie ist aber immer noch sehr zweifelhaft.

Oberlandesgericht Nürnberg.

I.

Grenzmauerrecht; Abtretbarkeit der Ersatzforderung auf die Hälfte der Kosten der Grenzmauer. (§ 921 BGB., Art. 68 ff. AG. z. BGB.). In einem notariellen Vertrage vom 12. April 1904 verkauften die Eheleute K. den Bauplatz Pl.-Nr. 958$^{1}/_{9}$, an dessen Seiten die Pl.-Nr. 958$^{1}/_{8}$ und 958$^{1}/_{10}$ angrenzen, an die Eheleute J. Der Vertrag bestimmt in Ziff. VI u. a.: „Die Käufer als Besitzer des Kaufobjekts und die Verkäufer als Besitzer der anstoßenden Objekte Pl.-Nr. 958$^{1}/_{8}$ und 958$^{1}/_{10}$ räumen sich hiermit gegenseitig das An- und Aufbaurecht an den betreffenden Eigentumsgrenzen ein; der erstbauende Teil muß die Grenzmauer je zur hälftigen Breite auf das beiderseitige Grundbesitztum stellen, soweit Hauptgebäude in Frage kommen. Der zweitbauende Teil ist beim Anbau zur Benützung der Grenzmauer verpflichtet und muß dem erstbauenden die Hälfte der Herstellungskosten dieser Mauer von Gebälk zu Gebälk vergüten. Alle diese Grenzbauverhältnisse gehen auf sämtliche beiderseitige Besitznachfolger über." Die Eheleute J. erbauten auf Pl.-Nr. 958$^{1}/_{9}$ unter Benützung der Grundstücke Pl.-Nr. 958$^{1}/_{8}$ und 958$^{1}/_{10}$ zur Aufsetzung der Grenzmauern ein Wohnhaus. Dieses kaufte Frau G. Sie erwarb auch die Pl.-Nr. 958$^{1}/_{8}$. Die Eheleute J. traten nach Vollendung des Hauses an L. „alle aus obigen Grenz-An- und Aufbaurechten zustehenden Ansprüche auf Entschädigung" ab. Frau G. klagte gegen L. mit dem Antrag auszusprechen: „L. habe anzuerkennen, daß ihm Ansprüche auf Entschädigung für das An- und Aufbaurecht an den auf dem Grundstücke Pl.-Nr. 958$^{1}/_{9}$ errichteten Grenzmauern gegenüber dem Eigentümer der Grundstücke Pl.-Nr. 958$^{1}/_{8}$ und 958$^{1}/_{10}$ nicht zustehen." Das Landgericht gab der Klage statt. Das OLG. wies die Berufung zurück.

Aus den Gründen: In einigen Rechtsgebieten galten früher für die sog. Kommunmauern folgende Rechtssätze Der Eigentümer eines noch unüberbauten Grundstücks mußte gegenüber dem bauenden Nachbarn „halbe Mauerstatt" geben d. h. gestatten, daß die Umfassungsmauer des an die Grenze kommenden Nachbarhauses zur Hälfte auf sein Grundstück gesetzt werde; dagegen erwarb er selbst kraft des Gesetzes Miteigentum an der entstehenden Mauer und konnte sie mitbenützen; im Falle der Mitbenützung bei eigener Bauführung hatte er dem Nachbarn die sog. Ablösung d. h. den Wertsersatz der halben Mauer zu zahlen. Diese Regelung ist vom BGB. nicht übernommen worden. Auch das AG. z. BGB. hat den sog. „Kommunmauerzwang" nicht eingeführt. Es hat nur in den Art. 68, 69, 70 Vorschriften über die Erhöhung und Verstärkung von Grenzmauern und gemeinschaftlichen Mauern getroffen. Im übrigen ist es den Nachbarn überlassen, die Verhältnisse durch Vertrag zu regeln. Für das alte Recht und für die Anwendung der Art. 68 ff. AG. haben das Oberste Landesgericht und das OLG. München den Grundsatz aufgestellt, daß der Anspruch auf Entschädigung ohne das Eigentum des Grundstücks des erstbauenden Nachbarn nicht übertragen werden könne und daß die Abtretung dieses Anspruchs für sich allein erst zulässig und möglich sei, wenn der andere Nachbar den Anbau ausgeführt habe, daß also der Entschädigungsanspruch dinglich mit dem Eigentum der Grundstücke verbunden sei und daß er erst mit der tatsächlichen Benützung der Grenzmauer zu einem persönlichen Anspruch zwischen den beiden Nachbarn werde. Nach dem Wortlaute des Vertrags vom 12. April 1904 ist die Annahme gerechtfertigt, daß die Vertragsteile ein dem „Kommunmauerzwang" des alten Rechtes ähnliches Rechtsverhältnis schaffen und insbesondere den Entschädigungsanspruch für die Benützung der Grenzmauern dinglich mit dem Eigentum der Grundstücke wenigstens so lange vereinigen wollten, bis von dem Anbaurechte Gebrauch gemacht sei. Zum Beweise des Gegenteils kann nicht darauf Bezug genommen werden, daß die Eheleute J. nach Ueberbauung der Pl.-Nr. 958$^{1}/_{9}$ ihre vertragsmäßigen Entschädigungsansprüche an L abtraten. Der Grund kann recht wohl in einer nachträglichen einseitigen Willensänderung liegen. Abgesehen davon behandeln die Eheleute J. selbst die Ansprüche als dinglich, indem sie die Rechtsnachfolger der Eheleute K. als durch den Vertrag vom 12. April 1904 verpflichtet erachten. In diesem Widerspruche bewegt sich auch L., der ausführt, die Eheleute J. als erstbauender Teil hätten eine Aufwendung zugunsten des später bauenden Nachbarn gemacht und demnach Ersatz nach den Grundsätzen über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung zu fordern, dieser Anspruch sei also ein rein persönlicher, während er anderseits sich für befugt hält, die im Vertrage vom 12. April 1904 bedungene Entschädigung von den jeweiligen Eigentümern der Grundstücke Pl.-Nr. 958$^{1}/_{8}$ und 958$^{1}/_{10}$ zu fordern. Es fragt sich nun, ob mit Rücksicht auf die vom BGB. bestimmte Beschränkung der zulässigen Formen dinglicher Rechte die von den Vertragsteilen gewollte Dinglichkeit des Rechtsverhältnisses zulässig ist. Die Frage ist zu bejahen. Die Einräumung des Rechtes zum Aufbau auf der Grenze der aneinanderstoßenden Grundstücke schuf eine Grunddienstbarkeit zugunsten des jeweiligen Eigentümers des zuerst überbauten Grundstücks und zu Lasten der Nachbargrundstücke, die der Eintragung nicht bedurfte (Art. 187 EG. z. BGB., Art. 10 UeG.). Indem die Eheleute J. bei Herstellung des Hauses auf Pl.-Nr. 958$^{1}/_{9}$ auf die Grenze von Pl.-Nr. 958$^{1}/_{8}$ und 958$^{1}/_{10}$ bauten, übten sie diese Grunddienstbarkeit aus.

Die auf den letzteren Grundstücken stehenden Mauerteile des Hauses Nr. 9 wurden in Abweichung von den Vorschriften in § 946 und 94 I BGB. gemäß § 95 I Satz 2 BGB. nicht wesentliche Bestandteile der Grundstücke Pl.-Nr. $958^1/_8$ und $958^1/_{10}$, sondern blieben bei dem Eigentum von Pl.-Nr. $958^1/_9$. Der überbaute Grund und Boden des Nachbarn blieb in seinen Eigentumsverhältnissen unberührt. Die Einräumung der Berechtigung zum Anbau an die Grenzmauern von Pl.-Nr. $958^1/_9$ ohne Beschränkung auf ihren auf den Nachbargrundstücken stehenden Teil begründet somit gleichfalls Grunddienstbarkeiten, und zwar zugunsten der jeweiligen Eigentümer der Grundstücke Pl.-Nr. $958^1/_8$ und $958^1/_{10}$ und zu Lasten der Pl.-Nr. $958^1/_9$. Es ist jedoch die Verpflichtung zu einer Gegenleistung für ihre Ausübung bestimmt, bestehend in dem Ersatze der Hälfte der Herstellungskosten der zum Anbau benutzten Grenzmauern. Es ist bestritten, ob mit einer Dienstbarkeit die Pflicht zu einer Gegenleistung so verknüpft werden könne, daß die Verbindlichkeit auf alle Rechtsnachfolger des ursprünglich Berechtigten übergehe. Aber auch die Schriftsteller, welche die Frage verneinen, geben die Möglichkeit einer Verknüpfung der Verbindlichkeit mit dem Eigentum des berechtigten Grundstücks im Wege der Bedingung zu, die nicht ausdrücklich bestimmt zu werden brauche. Im Anschlusse hieran stellt sich das OLG. auf den Standpunkt, daß hier die Entschädigungsforderung für das Anbaurecht noch mit dem Eigentum des Grundstücks Pl.-Nr. $958^1/_9$ verbunden ist, für sich allein also auf den Beklagten nicht übertragen werden konnte und daß deshalb die Klage begründet ist, mochte auch die Klägerin von der Abtretung beim Erwerbe der Pl.-Nr. $958^1/_9$ Kenntnis haben. (Urteil des I. ZS. vom 5. April 1907, Ber. R. 10/1906).

955 Mitgeteilt von Rechtsanwalt Dr. Geiershöfer in Nürnberg.

II.

Grenzmauerrecht; Erstattung eines Teils der Kosten der Errichtung einer Grenzmauer an den Nachbar (§§ 921, 328 BGB.). In einem notariellen Vertrage vom 11. September 1901 verkaufte B. das Grundstück Pl.-Nr. $146^1/_{22}$ an die Eheleute H. Im Vertrag ist bestimmt, „daß die Käufer oder ihre Besitznachfolger verpflichtet seien, die Giebelmauern des auf dem Kaufgegenstande zu errichtenden Hauses so auf die Grenze zwischen dem Kaufgegenstande und den beiden Nachbargrundstücken des Verkäufers Pl.-Nr. $146^1/_{21}$ und $146^1/_{23}$ zu stellen, daß sie je mit halber Mauerstärke auf das gekaufte Grundstück und das anstoßende Nachbargrundstück zu stehen kämen und somit zur Hälfte Bestandteil der Nachbargrundstücke würden, daß ferner die jeweiligen Eigentümer der beiden Nachbargrundstücke berechtigt seien, die auf ihr Grundstück zu stehen kommende Giebelmauer zum An- und Aufbau zu benützen, daß endlich, falls die Eigentümer der Pl.-Nr. $146^1/_{21}$ und $146^1/_{23}$ von diesem Rechte Gebrauch machten, sie dem jeweiligen Eigentümer des Kaufgegenstandes die Hälfte der Herstellungskosten der Giebelmauer zum Betrage von 20 Mk. für den Kubikmeter zu ersetzen hätten". Pl.-Nr. $146^1/_{22}$ ging mit dem darauf gebauten Hause 1902 in das Eigentum des M. über und von diesem erwarben es 1903 die Eheleute K., die Kläger. Pl.-Nr. $146^1/_{23}$ kauften die Eheleute N., die Beklagten 1905 von B.; sie errichteten darauf unter Benützung der Giebelmauer von Pl.-Nr. $146^1/_{22}$ ein Haus. Die Eheleute K. erhoben als Eigentümer der Pl.-Nr. $146^1/_{22}$ gegen die Eheleute N. Klage auf die Hälfte der Herstellungskosten der von den Beklagten zum Anbauen benützten Giebelmauer von Pl.-Nr. $146^1/_{22}$. Die Klage wurde abgewiesen. Das OLG. verwarf die Berufung.

Gründe: Weder das BGB. noch das AG. z. BGB. haben den sog. „Kommunmauerzwang" aufgenommen. Die Regelung der Anbau- und Aufbauverhältnisse ist Sache der Vereinbarung der Nachbarn. Diese Regelung findet zuweilen mit möglichster Anlehnung an das alte Recht und das Recht der Art. 68 ff. AG. z. BGB. statt. Für solche Fälle hat sich, wenn auch nicht ohne Schwankungen, der Grundsatz gebildet, daß der Entschädigungsanspruch dinglich mit dem Eigentum der Grundstücke verbunden sei und erst mit der tatsächlichen Benützung der Grenzmauer zu einem persönlichen Anspruche zwischen den beiden Nachbarn werde. Die Regelung kann aber auch ohne Rücksicht auf die Schaffung einer solchen nach dem Rechte des BGB. möglichen Rechtslage erfolgen. Der hier maßgebende Vertrag bestimmt, daß die Giebelmauer des von den Eheleuten H. auf Pl.-Nr. $146^1/_{22}$ zu errichtenden Hauses mit halber Mauerstärke auf die Grenze von Pl.-Nr. $146^1/_{22}$ einerseits und Pl.-Nr. $146^1/_{21}$ und $146^1/_{23}$ des B. anderseits zu stehen kommen und somit zur Hälfte Bestandteil der Nachbargrundstücke werden solle. Weiter heißt es, die jeweiligen Eigentümer der Nachbargrundstücke seien berechtigt, die auf ihr Grundstück zu stehen kommende Giebelmauer zum An- und Aufbau zu benützen. Hierin liegt nicht die Bestellung einer Grunddienstbarkeit, eines Rechtes an fremder Sache, da die Grundstücke Pl.-Nr. $146^1/_{21}$ und $146^1/_{23}$ und die vertragsmäßig als wesentliche Bestandteile mit ihnen verbundenen Giebelmauerteile nicht Gegenstand besonderer Rechte sein können (§ 93 BGB.), sondern es ist damit nur das nach § 903 BGB. selbstverständliche Recht der Eigentümer von Pl.-Nr. $146^1/_{21}$ und $146^1/_{23}$ auf Benützung ihres Eigentums ausgesprochen. Die in dem Vertrage festgesetzte Entschädigung für die Benützung der Giebelmauer zum Anbau ist demnach nicht die Gegenleistung für die Einräumung einer Dienstbarkeit, sondern der Preis für die Ueberlassung der Giebelmauerhälfte an den damaligen Eigentümer der Grundstücke Pl.-Nr. $146^1/_{21}$ und $146^1/_{23}$. Nur die Fälligkeit dieser Entschädigungsforderung ist von der Benützung der Giebelmauern zum Anbau abhängig gemacht. Nach der Bestimmung des Vertrags, daß die Giebelmauer der Pl.-Nr. $146^1/_{22}$ mit dem auf den Nachbargrundstücken aufgesetzten Teile Bestandteil dieser Grundstücke werden und insoweit von deren Eigentümern zum Anbau benützt werden solle, ist auch die Annahme einer Grenzeinrichtung zur gemeinschaftlichen Benützung nach §§ 921, 922, 741 ff. BGB. ausgeschlossen. Auch von einem Vertrage zugunsten eines Dritten, der ein Schuldverhältnis, also persönliche Rechtsbeziehungen voraussetzt (§ 328 BGB.), kann keine Rede sein; denn abgesehen davon, daß der Dritte genau bezeichnet sein müßte, kommt bei dem Vertrage vom 11. September 1901 kein Dritter als Gläubiger des Entschädigungsanspruchs in Frage. Wenn man übrigens einen Vertrag zugunsten eines Dritten, nämlich des jeweiligen Eigentümers der Pl.-Nr. $146^1/_{22}$ zur Zeit der Ausführung des Anbaus annehmen würde, wären die Eheleute K. zwar zur Klage berechtigt, nicht aber zur Klage gegen die Eheleute N., die dem Vertrage vom 11. September 1901 ferne stehen und auch nachträglich nicht die aus diesem Vertrage gegen den Vertragsteil B. entstandene Schuld gegenüber dem Gläubiger übernommen haben (Urt. des I. ZS. vom 6. April 1907, BerR. 22/07).

957 Mitgeteilt von Rechtsanwalt Dr. Geiershöfer in Nürnberg.[1]

[1] Anm. des Herausgebers. Die beiden hier mitgeteilten Urteile lassen erkennen, daß die Fragen des Grenzmauerrechts noch keineswegs geklärt sind. Aeußerungen aus dem Leserkreis über die beiden Urteile wären uns erwünscht.

Literatur.

Löwe, Dr. F., weil. Senatspräsident des Reichsgerichts. Die Strafprozeßordnung für das Deutsche Reich nebst dem GVG. und den das Strafverfahren betreffenden Bestimmungen der übrigen Reichsgesetze. 12. Aufl., bearbeitet von **Dr. A. Hellweg**, Reichsgerichtsrat. Berlin 1907, J. Guttentag, Verlagsbuchhandlung. Geh. Mk. 20.—, gebd. Mk. 22.—.

Die neueste wieder sorgfältig durchgearbeitete Auflage dieses berühmten Kommentars, der immer noch die erste Stelle unter den Kommentaren zur StPO. einnimmt, bedarf wohl keiner weiteren Empfehlung. P.

Rönnberg, Dr. W., Landgerichtsrat. Das Reichs- und Landes-Lotterie- und sonstige Glückspiel-Strafrecht im Gebiete der preußischen Lotteriegemeinschaft. Handbuch für die Strafrechtspraxis und den Lotterieverkehr. Rostock 1906, C. J. E. Volckmann. Mk. 12.—.

Eine der letzten wissenschaftlichen Arbeiten des verstorbenen Senatspräsidenten am Kammergerichte Berlin, G. Eichhorn, ist die in der Zeitschrift „Das Recht" 1907 S. 163 ff. erschienene Abhandlung über „Das Lotteriestrafrecht der Gegenwart, speziell in Preußen". Die Anregung zu dieser Abhandlung bot das eben genannte anfangs dieses Jahres erschienene Werk. Wer sich mit dem Gegenstande befaßt hat, weiß, daß noch vieles daran recht unerfreulich ist und daß das Lotteriestrafrecht der Gegenwart sehr im argen liegt. Ob eine Ausdehnung der Lotteriegemeinschaft auf ganz Deutschland einmal zu besseren Zuständen des Strafrechts im Lotterieverkehr führen wird, kann mit Bestimmtheit wohl nicht behauptet werden. Jedenfalls wäre eine Besserung sehr wünschenswert. Der Rechtsprechung wie der Wissenschaft, die beide in gleicher Weise in der Lage sind, zu dieser Besserung beizutragen, werden das genannte, sehr eingehende und verdienstvolle Werk nicht minder wie die angeführte Abhandlung gewiß gute Dienste leisten.

von Sutner.

Notizen.

Die Anwendung der bedingten Begnadigung, über deren stetiges Fortschreiten wir in Nr. 3 dieses Jahrg. auf S. 71 berichtet haben, erfährt eine weitere Förderung durch die Bekanntmachung des Staatsministeriums der Justiz vom 16. Juli 1907 (JMBl. S. 205). Es werden zunächst die einschränkenden Vorschriften der Bekanntmachung vom 24. März 1896 (JMBl. S 72 ff.) aufgehoben (A III Nr. 1 bis 8 dieser Bek.). Diese Vorschriften, nach denen unter gewissen Voraussetzungen vom Antrag auf Bewilligung einer Bewährungsfrist für die Regel abzusehen war (so z. B. dann, wenn der Verurteilte schon früher eine Freiheitsstrafe erstanden hatte), hatten manchmal die richtige Würdigung des Einzelfalles erschwert und man hatte sich in der Praxis auch schon vielfach über sie hinweggesetzt. Die Bekanntmachung vom 16. Juli 1907 macht ferner besonders darauf aufmerksam, daß auch Personen eine Bewährungsfrist bewilligt werden kann, die das 18. Lebensjahr bei Begehung der Tat schon vollendet hatten. Auch hier hat die Praxis schon längere Zeit die engen Schranken durchbrochen, welche die Bekanntmachung vom 26. März 1896 zog; unter den im Jahre 1690 bedingt begnadigten 3635 Personen befanden sich z. B. 956 oder 26,3 % Erwachsene. Die Höhe der Strafe soll die Gewährung der bedingten Begnadigung gleichfalls nicht mehr grundsätzlich ausschließen. Antrag auf Widerruf der Bewährungsfrist soll nach der Bekanntmachung vom 16. Juli 1907 nicht wegen jeder neuen Verurteilung gestellt werden: vielmehr soll, wenn die zweite Verfehlung gering ist, geprüft werden, ob sich nicht auch in Ansehung der neuen Strafe die Anwendung der bedingten Begnadigung empfiehlt. Besonders bemerkenswert ist, daß im Falle einer neuen Verurteilung die Vollstreckung der neuen Strafe in der Regel nicht eingeleitet werden soll, solange nicht feststeht, ob der Verurteilte nicht auch hinsichtlich der neuen Strafe eine Bewährungsfrist erhält.

Es ist wohl anzunehmen, daß die wohltätige Wirkung der bedingten Begnadigung bei verständiger Handhabung der neuen Vorschriften noch deutlicher als bisher zutage treten wird.

Die Verhängung der Untersuchungshaft nach Möglichkeit einzuschränken, ist das Ziel der im JMBl. Nr. IX auf S. 201 bis 204 veröffentlichten Bekanntmachung des Staatsministeriums der Justiz vom 16. Juli 1907. Die Klagen darüber, daß zu viel verhaftet wird, sind alt und nicht immer unbegründet; sie haben auch schon dem preußischen Justizminister Anlaß zu einer aufsichtlichen Weisung an die Staatsanwälte gegeben, welche die Vermeidung ungerechtfertigter Haftanträge einschärfte (vgl. v. Liszt, Reform des Strafverfahrens [Berlin 1906] S. 42, 43). Da die StPO. bei der Lösung der Haftfrage dem Gerichte sehr weiten Spielraum läßt, weist die Bekanntmachung vom 16. Juli 1907 die Staatsanwälte und die Amtsanwälte an, mit besonderer Genauigkeit die Frage, ob Untersuchungshaft beantragt werden soll, auch dann zu prüfen, wenn die gesetzlichen Voraussetzungen ihrer Anordnung vorliegen. Insbesondere soll erwogen werden, ob der Beschuldigte mit Rücksicht auf seine persönlichen Verhältnisse überhaupt in der Lage ist, sich der Strafverfolgung dauernd oder doch für längere Zeit zu entziehen. Den Absichten der Bekanntmachung wird es hiernach entsprechen, daß mit der Untersuchungshaft insbesondere die bäuerliche Bevölkerung möglichst verschont wird, deren Angehörige in der Regel so fest mit der Scholle verwachsen sind, daß Flucht von ihnen nicht zu befürchten ist, nicht minder aber auch seßhafte Gewerbetreibende, deren Vermögen in Geschäften angelegt ist und nicht ohne weiteres flüssig gemacht werden kann, und verheiratete Lohnarbeiter, die als einzige Ernährer der Familie an den Ort ihres Verdienstes gefesselt sind. Besondere Vorsicht soll auch bei der Anordnung der Untersuchungshaft gegen jugendliche Verbrecher geübt werden, zumal dann, wenn anzunehmen ist, daß im Falle ihrer Verurteilung die bedingte Begnadigung befürwortet werden kann.

Es sei bei dieser Gelegenheit darauf aufmerksam gemacht, daß die Zahl der Untersuchungsgefangenen in den bayerischen Gerichtsgefängnissen seit 1902 sinkt, wenn auch nicht in sehr erheblichem Maße und nicht ganz stetig. (Gesamtzahl der Untersuchungsgefangenen 1902: 53259; 1903: 52003; 1904: 48505; 1905: 49374; Zahl der Untersuchungsgefangenen am Schlusse der Jahre 1902: 1992; 1903: 1846; 1904: 1825; 1905: 1848).

Berichtigung.

Auf S. 287 der Nr. 14 ist in der rechten Spalte (Zeile 5 von unten) hinter „Ausnahmen" einzuschalten „bestand Streit, da". Ebenda ist in Anm. 4 hinter „Recueil" einzuschalten „1893".

Verantwortl. Herausgeber: Th. von der Pfordten, K. Landgerichtsrat, verw. im Staatsministerium d. Justiz.

Eigentum von J. Schweitzer Verlag (Arthur Sellier) in München.
Druck von Dr. Franz Paul Datterer & Cie., G. m. b. H., Freising.

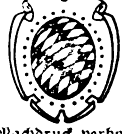


Nr. 17. München, den 1. September 1907. 3. Jahrg.

Zeitschrift für Rechtspflege in Bayern

Herausgegeben von
Th. von der Pfordten
K. Landgerichtsrat, verw. im K. Bayer. Staatsministerium der Justiz.

Verlag von
J. Schweitzer Verlag
(Arthur Sellier)
in München, Lenbachplatz 1.



Die Zeitschrift erscheint am 1. und 15. jeden Monats im Umfange von mindestens 2 Bogen. Preis vierteljährlich Mk. 3.—. Bestellungen übernimmt jede Buchhandlung und Postanstalt (Postzeitungsliste für Bayern Nr. 974a).

Redaktion und Expedition: München, Lenbachplatz 1. Insertionsgebühr 30 Pfg. für die halbgespaltene Petitzeile oder deren Raum. Bei Wiederholungen Rabatt. Stellenanzeigen 20 Pfg. Beilagen nach Uebereinkunft.

Die Zunahme der Verweise und der Geldstrafen in der bayerischen Strafrechtspflege.

Von Friedrich Mauglkammer,
III. Staatsanwalt im K. Staatsministerium der Justiz.

Seit einigen Jahren nimmt der Bevölkerungsstand der bayerischen Strafanstalten und Gerichtsgefängnisse nicht unerheblich ab.

In den Strafanstalten hat sich die Zahl der Gefangenen, die neu zuging, seit 1902 ununterbrochen verringert. Sie betrug

1902:	9871
1903:	9336
1904:	7403
1905:	7019
1906:	6812

In den Gerichtsgefängnissen sind seit 1901 von Jahr zu Jahr weniger neue Strafgefangene zugegangen.

1901	waren	es	140 226
1902	„	„	139 592
1903	„	„	130 531
1904	„	„	124 644
1905	„	„	122 017
1906	„	„	115 558 [1])

Der ständige Rückgang des Gefangenenstandes hat seinen Grund nicht in einem Rückgange der Kriminalität. Die Zahl der wegen Verbrechen und Vergehen gegen Reichsgesetze[2]) Verurteilten schwankt seit dem Jahre 1897 zwischen 65 000 und 69 000. Sie sank im Jahre 1900 gegen das Vorjahr von 69 001 auf 65 326, stieg in den beiden folgenden Jahren bis auf 67 650, um im Jahre 1903 wieder auf 65 373 zurückzugehen. Das Jahr 1904 brachte eine Steigerung auf 65 824, das Jahr 1905 auf 66 288.[3]) In dem Zeitraume von 1899 bis 1905 weist sohin das Jahr 1900 die niederste Kriminalitätsziffer auf. Trotzdem läßt seit 1901 die Belegung der Gefängnisse anhaltend nach. Die Zahlen der wegen Uebertretungen Verurteilten bewegen sich, von einem einmaligen Sinken im Jahre 1902 abgesehen, seit 1900 sogar in erheblich aufsteigender Linie: ihre Zahl ist von 257 037 im Jahre 1900 auf 267 110 im Jahre 1906 angewachsen; die Mehrung des Jahres 1906 gegenüber dem Jahre 1900 beträgt mehr als 10 000. Hiernach müßte eher eine zunehmende Bevölkerung, als eine Entvölkerung der Gefängnisse zu verzeichnen sein.

Die Frequenz der Gefängnisse sinkt wegen der häufigen Anwendung der „bedingten Begnadigung" [1]); sie sinkt aber auch noch aus einem anderen Grunde.

Es ist eine unleugbare Tatsache, daß die Gerichte mehr und mehr geneigt werden, jugendliche Personen im Sinne des § 57 des Strafgesetzbuchs vor der Bekanntschaft mit dem Gefängnisse und ihren schlimmen Folgen zu bewahren, und in den Fällen, in denen das Gesetz dies zuläßt, in immer steigendem Maße statt auf eine Freiheitsstrafe auf die Strafe des Verweises erkennen. Dies beweisen die (auf der nächsten Seite) folgenden Zusammenstellungen.

Es ergibt sich: Die Zahl der wegen Verbrechen und Vergehen gegen die Reichsgesetze verurteilten Jugendlichen weist eine Mehrung bis 1899 auf; mit der Zunahme der Verurteilungen ging eine Zunahme der erkannten Verweise Hand in Hand; der verhältnismäßige Anteil dieser Strafart ist jedoch nicht gleich geblieben, sondern

[1]) Die Zahlen sind der bayerischen Justizstatistik entnommen.

[2]) Mit Ausschluß der Vorschriften über die Erhebung öffentlicher Abgaben und Gefälle.

[3]) Für das Jahr 1906 sind die Ergebnisse der Statistik in Ansehung der Verbrechen und Vergehen gegen die Reichsgesetze noch nicht bekannt.

[1]) Der Umfang, den die Anwendung der bedingten Begnadigung angenommen hat, ist erörtert in einer Abhandlung des Landgerichtsrats von der Pfordten „Strafrechtspflege und Begnadigungsrecht" (erschienen in Nr. 282 und 283 der Beilage zur Allgemeinen Zeitung vom Jahre 1906). Dort ist auch eine Uebersicht über den Ab- und Zugang jugendlicher Strafgefangener in den Strafanstalten veröffentlicht. Sie läßt ersehen, daß am Schlusse des Jahres 1905 245 Jugendliche gegenüber 468 Jugendlichen am Schlusse des Jahres 1899 verwahrt wurden. Im Jahre 1906 ist eine weitere Minderung eingetreten. Der Zugang betrug 625 (1905: 661), der Abgang 653 (1905: 671), die Zahl am Schlusse des Jahres 217. (Vgl. BayZfR. 1907 S. 71).

erheblich gestiegen. Seit 1899 ist die Zahl der Verurteilungen Jugendlicher, von den Jahren 1901 und 1905 abgesehen, gefallen. Gleichwohl ist die Zahl der ausgesprochenen Verweise, wenn man den unbedeutenden Rückgang von 1899 auf 1900 außer Betracht läßt, von Jahr zu Jahr angewachsen. Die Anwendung der Strafe des Verweises hat sich in einem Zeitraum von zehn Jahren mehr als verdoppelt.

a) Verurteilungen wegen Verbrechen und Vergehen gegen die Reichsgesetze.

Jahr	Zahl der verurteilten Jugendlichen	Zahl der erkannten Verweise	Unter 100 gegen Jugendliche ausgesprochenen Strafen waren Verweise
1895	6315	558	8,8
1896	6619	726	10,9
1897	6764	741	10,9
1898	7046	821	11,6
1899	7173	876	12,2
1900	6794	835	12,3
1901	6893	891	13,0
1902	6841	971	14,2
1903	6664	1190	17,8
1904	6511	1219	18,7
1905 [1]	6703	1304	19,4

b) Verurteilungen wegen Uebertretungen.

Jahr	Zahl der Verurteilten [2]	Zahl der erkannten Verweise	Unter 100 ausgesprochenen Strafen waren Verweise
1895	245 337	1154	0,47
1896	252 562	1721	0,68
1897	251 424	2174	0,86
1898	260 609	1711	0,65
1899	258 290	2112	0,81
1900	257 037	1784	0,69
1901	257 364	1867	0,72
1902	252 575	2634	1,04
1903	259 812	3099	1,19
1904	260 095	3400	1,30
1905	264 376	3626	1,33
1906	267 110	4003	1,50

Auch bei den Verurteilungen wegen Uebertretungen wird vom Verweise immer häufiger Gebrauch gemacht. Nur in den Jahren 1898 bis 1901 machen sich Schwankungen bemerkbar; im übrigen ist nicht nur eine beharrliche Steigerung der Zahl der Verweise wahrzunehmen, sondern es hat sich auch hier der verhältnismäßige Anteil der auf Verweis lautenden Erkenntnisse an den verurteilenden Entscheidungen bedeutend erhöht. Der Prozentsatz des Jahres 1906 ist mehr als dreimal so groß als der Prozentsatz des Jahres 1895.

Neben dem Verweise hat auch die Zahl der ausgesprochenen Geldstrafen und ihr Anteil an der Gesamtheit der erkannten Strafen beträchtlich zugenommen. In welchem Maße Verfehlungen gegen die Strafgesetze mit Geldstrafen geahndet wurden, ist aus folgenden Uebersichten zu entnehmen.

[1]) Die Ergebnisse für 1906 sind noch nicht bekannt.
[2]) Die Jugendlichen sind hier nicht ausgeschieden.

a) Verurteilungen wegen Verbrechen und Vergehen gegen die Reichsgesetze.

Jahr	Zahl der Verurteilten	Zahl der erkannten Geldstrafen [1])	Unter 100 ausgesprochenen Strafen waren Geldstrafen
1895	59967	16339	27,24
1896	63271	17731	28,02
1897	65294	17905	27,42
1898	67267	18937	28,15
1899	69001	19926	28,88
1900	65326	19764	30,25
1901	67317	20102	29,86
1902	67650	20769	30,70
1903	65373	20071	30,72
1904	65824	22176	33,69
1905	66288	24123	36,39

b) Verurteilungen wegen Uebertretungen.

Jahr	Zahl der Verurteilten	Zahl der erkannten Geldstrafen	Unter 100 ausgesprochenen Strafen waren Geldstrafen
1895	245337	140588	57,30
1896	252562	150984	59,78
1897	251424	152984	60,84
1898	260609	163650	62,79
1899	258290	165408	64,04
1900	257037	168558	65,57
1901	257364	165668	64,37
1902	252575	162172	64,21
1903	259812	171761	66,11
1904	260095	177848	68,38
1905	264376	181609	68,69
1906	267110	188803	70,68

Die Zusammenstellungen zeigen, daß die Gerichte in den Fällen, in denen Freiheitsstrafen und Geldstrafen zur Wahl stehen, die Geldstrafe immer mehr bevorzugen. Man geht wohl nicht fehl mit der Annahme, daß dieser Praxis die Erkenntnis zugrunde liegt, daß die Verhängung einer Freiheitsstrafe gar oft einen folgenschweren Eingriff in das Menschenleben bedeutet und daß die unvermeidlichen Nachteile, welche die Vollstreckung einer Freiheitsstrafe mit sich bringt, in vielen Fällen durch den primären Ausspruch einer Geldstrafe hintangehalten werden können, ohne daß deshalb die Schuld nicht genügend gesühnt wird. Besonders erfreulich ist die Zunahme der

[1]) Es ist zu beachten, daß in die in dieser Spalte angegebenen Zahlen auch diejenigen Geldstrafen eingerechnet sind, die neben einer Freiheitsstrafe festgesetzt wurden. Die Zahl dieser Geldstrafen ist jedoch so gering, daß sie nicht ins Gewicht fällt.

Geldstrafe bei den Uebertretungen. Hier handelt es sich in der Regel nur um formale Verfehlungen; die Wirkung einer Freiheitsstrafe steht vielfach in keinem Verhältnisse zu der Schwere der Tat.

Die Gefängnisstatistik lehrt, daß die meisten Geldstrafen auch bezahlt werden. Würden in einer größeren Zahl von Fällen die im Falle der Uneinbringlichkeit an die Stelle der Geldstrafen tretenden Freiheitsstrafen verbüßt, so müßte dies ausgleichend wirken und ein Rückgang des Gefangenenstandes in dem angegebenen Umfange hätte nicht stattfinden können.

Die folgenden Gegenüberstellungen lassen ersehen, wie sich das Verhältnis der einzelnen Strafarten zu den erkannten Strafen überhaupt zugunsten der milderen Strafarten (Verweis und Geldstrafe) verschoben hat.

Es trafen auf je hundert Verurteilungen [1]) wegen Verbrechen und Vergehen gegen die Reichsgesetze:

im Jahre	Freiheitsstrafen[2])	Geldstrafen	Verweise
1895	71,83	27,24	0,93
1896	70,83	28,02	1,15
1897	71,45	27,42	1,13
1898	70,63	28,15	1,22
1899	69,85	28,88	1,27
1900	68,47	30,25	1,28
1901	68,82	29,86	1,32
1902	67,87	30,70	1,43
1903	67,46	30,72	1,82
1904	64,46	33,69	1,85
1905	61,65	36,39	1,96

Von je 100 Verurteilungen wegen Uebertretungen lauteten auf

Jahr	Haftstrafen	Geldstrafen	Verweis
1895	42,23	57,30	0,47
1896	39,54	59,78	0,68
1897	38,30	60,84	0,86
1898	36,56	62,79	0,65
1899	35,15	64,04	0,81
1900	33,74	65,57	0,69
1901	34,91	64,37	0,72
1902	34,75	64,21	1,04
1903	32,70	66,11	1,19
1904	30,32	68,38	1,30
1905	29,98	68,69	1,33
1906	27,82	70,68	1,50

Man sieht, es findet seit Jahren eine bedeutende prozentuale Abnahme der Freiheitsstrafen statt.

Hiernach ist der Schluß gerechtfertigt, daß der Rückgang des Bevölkerungsstandes unserer Gefängnisse auch mit der zunehmenden Milde der Gerichte zusammenhängt.

Die Zunahme der Verweise und der Geldstrafen in der bayerischen Strafrechtspflege ist ein Beweis dafür, daß sich die Praxis, soweit das Gesetz die Möglichkeit dazu bietet, denjenigen die Verbesserung unseres Strafrechts anstrebenden Gedanken nicht verschließt, denen eine Berechtigung nicht abgesprochen werden kann. Es zeigt sich insbesondere, daß der Forderung, Jugendliche mit der Vollstreckung einer Freiheitsstrafe möglichst lange zu verschonen, mehr und mehr Beachtung zugewendet wird.

[1]) Zugrunde gelegt ist die Zahl aller Verurteilten (der Erwachsenen und der Jugendlichen). Die Verhältniszahlen werden infolgedessen — besonders beim Verweise — durch die Zahl der in den einzelnen Jahren erfolgten Verurteilungen Jugendlicher beeinflußt. Es wurde schon darauf hingewiesen, daß die Zahl der verurteilten Jugendlichen von 1899 bis 1904 sank. Die Zunahme der auf mildere Strafarten lautenden Erkenntnisse ist daher um so auffälliger.

[2]) Die Zahl der erkannten Todesstrafen ist so nieder, daß sie hier nicht in Betracht gezogen wurde. Die Zahl der Zuchthausstrafen hielt sich vom Jahre 1894 bis zum Jahre 1903 über 1100; im Jahre 1904 sank sie auf 968, im Jahre 1905 auf 834.

Die Zahl der Haftstrafen, die natürlich nur gering sein kann, weil nur die Verbrechen und Vergehen in Betracht gezogen sind, ist von 308 im Jahre 1894 bis auf 129 im Jahre 1905 gefallen.

Der Charakter der Prozeßvergleichswirkung.

Von Universitätsprofessor **Dr. P. Kretschmar** in Gießen.

(Schluß.)

V.

Hiervon ist vollkommen getrennt zu halten die Frage, unter welchen Formen der einmal wirksam gewordene Prozeßvergleich wieder entkräftet werden kann. Diese Frage ist rein prozessual. Denn es handelt sich darum, wie der Zugang zum Prozeß, nachdem dieser einmal zum sachlichen und formellen Abschlusse gelangt ist, wieder eröffnet werden kann. Diese Frage ist oben bereits dahin beantwortet worden, daß insoweit die Analogie des Urteils maßgebend ist, als desjenigen Aktes, welcher wie der Prozeßvergleich das Verfahren in positivem Sinne zum Abschlusse bringt. Das heißt, der Zugang zu dem einmal abgeschlossenen Verfahren kann nur durch eine besondere Anfechtungsklage wiedergewonnen werden. Es ist also streng zu unterscheiden, ob Nichtigkeit des Prozeßvergleichs behauptet, oder unter Berufung auf einen bloßen Anfechtungsgrund unter Abgabe der Anfechtungserklärung Fortsetzung des Prozesses verlangt wird. Das erste Vorbringen schließt in sich die Behauptung, daß der Prozeßvergleich die Wirkung formeller Prozeßbeendigung überhaupt nicht habe herbeiführen können, der Prozeß also noch anhängig sei. Und sobald diese Behauptung unter erneuter Ladung vorgebracht wird, muß in die Prüfung genau so eingetreten werden, wie in dem Falle, daß die Frage streitig ist, ob im konkreten Falle

die erfolgte Klagrücknahme die Beendigung des Prozesses herbeiführen konnte.

Wird dagegen ein bloßer Anfechtungsgrund geltend gemacht, so ist nicht in Frage gestellt, daß der Prozeßvergleich die Wirkung direkter Prozeßbeendigung zunächst herbeigeführt hat.[31]) Die eigenartige Regelung aber, welche das neue bürgerliche Recht (§ 142 BGB.) der erfolgten Anfechtungserklärung in der Richtung verliehen hat, daß sie rückwirkend das Geschäft zu einem nichtigen macht, darf nicht ohne weiteres auf die vorliegende prozessuale Situation übertragen werden. Dem Prozesse ist es durchaus fremd, der bloßen Parteierklärung Rückwirkung in dem Sinne beizulegen, daß sie ein bereits abgeschlossenes, formell beendetes Verfahren wieder anhängig machen könnte.[32]) Diese Erwägung bestärkt das schon oben gewonnene Ergebnis, daß eine besondere Anfechtungsklage zur Wiedereröffnung des Verfahrens verlangt werden muß. Suchte also eine Partei, auf einen bloßen Anfechtungsgrund gestützt, das Verfahren fortzusetzen, so hätte das Gericht die Terminsbestimmung zu verweigern.[33])

VI.

Dieses Ergebnis ist nun noch gegen die von Kohler (ZZP. 29 S. 39 ff., besonders S. 46 ff.) und von R. Schmidt (BayrZfR. 3. Jahrg. 1907 S. 1 ff.) erhobenen Einwände sicherzustellen.

Kohler gehört zu der Gruppe von Schriftstellern, welche dem Prozeßvergleich zwar prozessuale Wirkung nicht absprechen, aber sie im Verhältnis zur materiell-rechtlichen erst in die zweite Linie rücken[34]). Da die prozessuale Wirkung genau so gut im Dienste des Feststellungszweckes steht, wie die zivilistische, so ist diese Konstruktion m. E. nicht die nächstliegende. In einem wichtigen Punkte ist überdies die zivilistische Grundauffassung von Kohler in § 18 seiner neuen Darstellung (S. 44 ff. a. a. O.) verlassen worden. Wäre nämlich die Einwirkung des Prozeßvergleichs auf das Verfahren reine Folge seiner zivilistischen Gültigkeit und folgeweise der Ausschluß solcher Wirkung reine Folge seiner zivilistischen Ungültigkeit, so ist nicht einzusehen, weshalb zur Beseitigung des Prozeßvergleichs die Erklärung in Prozeßform erforderlich wäre und nicht die zivilrechtliche Form der empfangsbedürftigen Anfechtungserklärung ohne weiteres auch den Prozeß wieder eröffnete. Indem Kohler Anfechtung in den Formen des Prozesses verlangt und überdies dem Prozeßvergleich die Natur eines prozessualen Rechtsgeschäfts beimißt, biegt er soweit zur prozessualen Auffassung ab, daß in der Tat schwer festzustellen ist, wie die letzterwähnte Annahme mit seiner Konstruktion noch vereinbar ist.

S. 47 bringt nun Kohler gegen die Annahme, daß bei bloßer Anfechtbarkeit des Vergleichs zur Wiedereröffnung des Verfahrens (analog wie beim Urteil die Restitutionsklage) die Erhebung einer besonderen Anfechtungsklage erforderlich sei, den Einwand vor: Die Notwendigkeit der Restitutionsklage beim Urteil beruhe darauf, daß dieses kein Rechtsgeschäft der Parteien sei, sondern von der öffentlichen Autorität getragen werde. Gegen diese Behauptung ist, unter Bezugnahme auf die obigen Darlegungen, zu bemerken: Die Eigentümlichkeit der Restitutionsklage liegt in doppelter Richtung: einmal in der Eigenart des Verfahrens, sodann in der Eigenart der Restitutionsgründe. Die weitgehende Einschränkung der Anfechtungsgründe beim Urteil beruht nun allerdings auf seiner Natur als autoritativem

---

[31]) Diese Auffassung von der Natur des anfechtbaren Rechtsgeschäfts muß mit Entschiedenheit aufrecht erhalten werden. In der Literatur zum bürgerlichen Recht macht sich freilich eine ziemlich starke Strömung dahin geltend, die Grenze zwischen Nichtigkeit und Anfechtbarkeit zu verwischen, letztere als eine bloß „relative" oder „verhüllte" Nichtigkeit zu denken und die Lage, welche das anfechtbare Rechtsgeschäft herbeiführt, als bloßen Schwebezustand zu charakterisieren (vgl. Enneccerus I (2) § 110 S. 273, Endemann I (8) § 75 S. 371 Note 7, Crome, System I § 80 S. 348/349). Zugegeben, daß diese Auffassung vom Standpunkt der durchgeführten Anfechtung aus zu rechtfertigen ist, so kommt doch das Geschäft vor der Anfechtung entschieden zu kurz. Dieses ist vom nichtigen Geschäft nicht nur dadurch verschieden, daß die Enthüllung seiner Nichtigkeit noch in pendenti wäre. Dies geht mit voller Deutlichkeit aus § 144 BGB. hervor. Es kann durch Bestätigung zu dauernder rechtlicher Gültigkeit gelangen, während beim nichtigen und beim angefochtenen Geschäft die Bestätigung als „erneute Vornahme" zu beurteilen ist (141 I). Kurz, das anfechtbare Geschäft löst die dem Geschäftstypus eigenen rechtlichen Wirkungen zunächst aus; die Anfechtung hat (soweit sie ausgeübt werden kann) die Folge, die bereits eingetretenen Rechtswirkungen mit rückwirkender Kraft zu beseitigen. (So auch Jacobi, ArchZivPrax. 86 S. 74 ff.; Eck, Vorträge I § 29 S. 127; Dernburg, BR. I (3) § 118 S. 395; allerneuestens, nachdem dieser Aufsatz vollendet war: Hellwig, Grenzen der Rückwirkung S 27 [in der Festschrift für die juristische Fakultät in Gießen]). Eine Fiktion, wie Endemann meint, liegt darin nicht. Denn das Rechtsverhältnis besteht überhaupt nur durch Anerkennung der Rechtsordnung. Lediglich sie bestimmt die Tatsachen, die für den jeweiligen Bestand und Inhalt des Rechtsverhältnisses maßgebend sind. Hier trägt nun die Rechtsordnung einer veränderten Sachlage auf dem Wege Rechnung, daß sie einem — in Wahrheit vorhandenen — Tatbestande, dem sie für einen früheren Moment der Beurteilung rechtliche Wirksamkeit beigemessen hatte, diese für die nach der Veränderung Platz greifende Beurteilung überhaupt wieder entzieht.

[32]) Es darf nicht mit der Analogie der Klagrücknahme operiert werden, welche die Einflüsse des Prozesses mit rückwirkender Kraft beseitige. Denn die Klagrücknahmeerklärung setzt ein anhängiges Verfahren voraus, in dem sie abgegeben wird. Der wirksame Prozeßvergleich hat dagegen den Prozeß beendet. Aus gleichem Grunde dürfte § 696 ZPO. nicht in bezug genommen werden.

[33]) Im Ergebnis kommt die hier vertretene Auffassung dem in SeuffA. Bd. 61 S. 170 ff. mitgeteilten Beschlusse des Reichsgerichts vom 12. Juli 1905 am nächsten; doch kann ich mir die Begründung jenes Beschlusses nicht völlig zu eigen machen. Vgl. VI.

[34]) Vgl. Prozeß als Rechtsverhältnis S. 61, Arch. CivPrax. 72 S. 18—20, ZZP. 29 S. 41.

Staatsakt: diese dürfen daher nicht auf den Prozeßvergleich übertragen werden. Die Eigenart des Verfahrens dagegen beruht, wie dargelegt, darauf, daß das Urteil nur das Fazit aus dem gesamten Prozeßstoff zieht, der im Augenblick des Schlusses der mündlichen Verhandlung vorliegt. Deshalb ist es unangebracht, selbst da, wo ausnahmsweise das rechtskräftige Urteil einem Angriffe unterliegt, seine Grundlage in weiterem Umfang zu zerstören, als durch das vitium geboten ist. Dieselbe Folge muß daher bei jedem Akte eintreten, der die Wirkungen des Prozesses nicht zerstört, sondern konserviert. Gegen die Angemessenheit dieses Ergebnisses glaube ich von Kohler mit Rücksicht auf seine eigenen Ausführungen auf S. 45 (vgl. dazu meinen Vergleich S. 66, 71, 93) keinen Einwand erwarten zu sollen. Im praktischen Ergebnisse unterscheidet sich die hier vorgetragene Auffassung von der seinigen nur dadurch, daß sie dem anfechtbaren Prozeßvergleich stärkere, in dem bereits erfolgten Abschluß des erst wieder zu eröffnenden Verfahrens begründete Widerstandskraft beilegt.

Neuestens endlich hat R. Schmidt in der Bayr. ZfR. Jahrg. 3 S. 3 im Ergebnis ähnlich wie Kohler die Meinung verteidigt, die Parteien brauchten zur Beseitigung des Prozeßvergleichs nicht stets eine Klage zu erheben, sondern könnten auch das anhängige Verfahren benutzen, um die Unwirksamkeit des Vergleichsgeschäfts geltend zu machen.[35]) Dieses Ergebnis kann, wie oben ausgeführt, für den nichtigen Prozeßvergleich gar nicht in Zweifel gezogen werden. Wohl aber, wie gleichfalls bereits dargelegt, für den Fall echter Anfechtbarkeit, und zwar ohne daß man den Standpunkt einer „Formalwirkung“ des Prozeßvergleiches,[36]) welche R. Schmidt mit Recht in Abrede stellt, einzunehmen braucht. Man kann eben durchaus daran festhalten, daß nur der an sich wirksame Prozeßvergleich die entscheidende Folge des Prozeßabschlusses herbeizuführen vermag — und doch, ja gerade deshalb zugeben, daß da, wo die Perfektion des Prozeßvergleichs fraglich ist, oder seine Nichtigkeit behauptet wird, Fortsetzung des Verfahrens zulässig sein muß; nicht anders wie in dem Falle, daß ein Streit über die Zulässigkeit der Klagrücknahme entsteht.[37]) Daher beweisen die von R. Schmidt S. 3 ff. aufgeführten Beispiele nichts gegen den hier vertretenen Standpunkt. Die Rechtslage ist in ihnen durchaus verschieden. Ist Prozeßvergleich unter einer Bedingung geschlossen (wieweit und mit welchen Einschränkungen dies zulässig, ist hier nicht zu erörtern), so ist die prozessuale Wirkung noch in der Schwebe; die hier durchaus zulässige Weiterverhandlung bezieht sich auf die Frage, ob die prozessuale Wirkung überhaupt eingetreten, der Prozeßvergleich hinsichtlich ihrer perfekt ist. Entstehen nach Protokollierung des Prozeßvergleichs Zweifel, ob die Willenseinigung der Parteien durch Dissens vereitelt worden ist, so wird ein Nichtigkeitsgrund geltend gemacht,[38]) über den nach den obigen Ausführungen im selben Verfahren weiter zu verhandeln ist. Ganz anders liegt es aber aus gleichfalls schon erörterten Gründen, wenn ein an sich wirksamer Prozeßvergleich wegen Irrtums u. dgl. angefochten wird. Denn wegen des hier zunächst erfolgten prozessualen Abschlusses findet die anfechtende Partei kein ihr offenstehendes Verfahren mehr vor, innerhalb dessen sie eine prozessual wirksame Erklärung abgeben könnte. Sie muß es sich erst durch Anfechtungsklage gegen den Prozeßvergleich wieder eröffnen.

Aus der Behandlung der Klagrücknahme (s. R. Schmidt a. a. O. S. 4 b) kann ein Gegenargument nicht entnommen werden. Denn die Zustimmung des Beklagten zur Klagrücknahme ist, nachdem einmal seine Einlassung erfolgt ist, ein ihre prozessuale Wirksamkeit überhaupt bedingendes Element. Es handelt sich also hier, wie bei der Geltendmachung der Nichtigkeit des Prozeßvergleichs, um die Frage des Eintritts, nicht, wie bei der Anfechtung des Prozeßvergleichs, um die Frage der Rückgängigmachung eingetretener prozessualer Wirkungen. Zur Entscheidung der Frage, ob die negierte prozessuale Einwirkung überhaupt eintreten konnte, muß Fortsetzung des Verfahrens zulässig sein; daraus läßt sich aber nichts für den hier in Rede stehenden Fall schließen.

Endlich kann auch die Berufung auf die Wirkung des während des Verfahrens geschlossenen Schiedsvertrags nicht als durchschlagend anerkannt werden. Es ist allerdings zweifellos, daß der außergerichtlich geschlossene Schiedsvertrag nur eine prozeßhindernde Einrede für die Parteien erzeugen würde, über welche gegebenenfalls im Verfahren weiter verhandelt und entschieden werden müßte. Wäre aber der Schiedsvertrag nach der Klagerhebung in der für den Prozeßvergleich maßgebenden gerichtlichen Form geschlossen worden und dürfte man das Bedenken beiseite setzen, daß hier ein gegenseitiges Nachgeben der Parteien nicht vorliegt, so wäre gar kein Zweifel möglich, daß er hinsichtlich der Beendigung des Verfahrens die gleiche unmittelbare Wirkung wie der Prozeßvergleich ausüben würde. Richteten sich doch auch hier die auf Beilegung des Rechtsstreits abzielenden Erklärungen der Parteien direkt an das Gericht, brauchten ihm also nicht erst in einem besonderen Verfahren als wirksam nachgewiesen zu werden.

[35]) Ueber die von R. Schmidt formulierte Abgrenzung beider Wege sogleich.

[36]) In dem oben unter IV erörterten Sinne.

[37]) S. meinen Vergleich i. Pr. S. 87 Note 2.

[38]) Es wäre immerhin denkbar, daß bei Anhängigkeit mehrerer Prozesse über ähnliche Gegenstände, für welche an demselben Tage Termin ansteht, jede Partei den verhandelten Vergleich auf eine andere Streitsache bezieht und die gemeinte auch richtig in ihrer Erklärung zum Ausdruck bringt, daß aber der Dissens zunächst übersehen wird.

VII.

Es bleibt noch übrig, aus der hier verteidigten prozessualen Grundanschauung die Konsequenz für die Anfechtungslehre zu ziehen.

Es ist, ähnlich wie R. Schmidt dies tut, aber doch nicht in völlig gleicher Weise, zu scheiden zwischen dem Angriff auf den Vergleich als Vollstreckungstitel und dem Angriff auf ihn als einen das Verfahren abschließenden Akt.[39])

Was die Vollstreckungsgegenklage (§ 767 ZPO.) betrifft, so erhebt sich die Grundfrage, wieweit der im Prozeßvergleich enthaltenen Feststellung gegenüber die Geltendmachung von Einwendungen beschränkt ist. Das Gesetz enthält hierüber eine direkte Entscheidung nicht. Denn § 797 IV ZPO. berücksichtigt nur die exekutorischen Urkunden, und es ist gerade die Frage, ob der Vergleich in seinem Charakter als Vollstreckungstitel dem Urteil oder den exekutorischen Urkunden näher steht. Es muß also untersucht werden, wieweit der innere Grund, aus dem das Gesetz beim Urteil die Einwendungen beschränkt, auch beim Prozeßvergleiche zutrifft. Beim Urteil nun bringt die Vorschrift des § 767 II ZPO. den Gedanken zur Geltung, daß diejenigen Behelfe, welche ihrer Entstehungszeit nach von der Partei in den Prozeß als Bestandteil der Urteilsgrundlage hätten eingeführt werden können, wenn dies versäumt worden, nicht durch eine Hintertür mit der Vollstreckungsgegenklage noch sollen geltend gemacht werden können. Es bedeutet mit andern Worten jene Vorschrift eine Sicherstellung der Rechtskraftwirkung — auch der erst werdenden — soweit diese auf der Unverrückbarkeit der prozessualen Grundlage nach dem Verhandlungsschluß beruht.

Wenn nun die Parteien Prozeßvergleich schließen, so wird auch ihr Handeln durch die gegebene prozessuale Situation, die auf der Gesamtheit des vorhandenen Prozeßstoffs beruht, entscheidend beeinflußt. Eben deshalb bringen sie, wie oben ausgeführt, analog wie beim Urteil das Verfahren in positivem Sinne zum Abschluß; die gegebene prozessuale Schlußsituation geht als dauernder Faktor in ihre Rechtsstellung ein. Dies zeigt sich darin, daß der Prozeßvergleich selbst beim Vorliegen eines wirksamen Anfechtungsgrundes nur mit der Wirkung angefochten werden kann, daß das alte Verfahren wieder eröffnet wird; und dessen Inhalt bleibt, soweit er nicht von dem vitium betroffen wird, intakt. Hieraus folgt, daß beim Prozeßvergleich, soweit die erwähnten rechtskraftähnlichen Wirkungen reichen, dasselbe Interesse, wie beim Urteil besteht, daß nicht abseiten der Anfechtungsklage die maßgebende prozessuale Schlußsituation der Parteien in Frage gestellt werde.

Ich kann daher dem Ergebnisse R. Schmidts S. 3 a. a. O., daß dem Prozeßvergleiche gegenüber die Vollstreckungsgegenklage in eine negative Feststellungsklage mit erweiterter Begründung umschlagen könne, nicht zustimmen. Weder die Gestaltung bei der exekutorischen Urkunde, noch beim Sühnevergleich ist maßgebend, weil beiden die erwähnten rechtskraftähnlichen Wirkungen abgehen. Denn ihnen mangelt die Eigenschaft des Prozeßvergleichs, ein anhängiges Verfahren zum positiven Abschluß zu bringen.

Bedenken gegen solche Beschränkung der Vollstreckungsgegenklage liegen in keiner Weise vor. Denn es bleibt ja daneben die Möglichkeit offen, auf dem Wege der Anfechtungsklage, des Analogons der Restitutionsklage, d. h. also unter gleichzeitigem Angriffe auf die rechtskraftähnliche Wirkung gegen den Prozeßvergleich vorzugehen.[40]) Da für diese Klage nach Analogie von § 584 ZPO. die ausschließliche Zuständigkeit des Gerichts, vor dem Prozeßvergleich geschlossen, anzunehmen ist, so ergibt sich der praktische Vorteil, daß stets das mit der früheren Prozeßlage vollkommen vertraute Gericht über die Anfechtung zu erkennen hat; dies wird gerade für die Würdigung der Anfechtungsgründe von vielfach entscheidender Bedeutung sein.

Mit aller Schärfe ist aber zu betonen, daß die erwähnte Einschränkung des Gebiets der Vollstreckungsgegenklage nur die Konsequenz der rechtskraftähnlichen Wirkung des Prozeßvergleichs ist, also auch nur demjenigen Prozeßvergleiche gegenüber Platz greift, dem solche Wirkung zukommt.

Wo sie mangelt, und dies ist beim nichtigen Prozeßvergleiche der Fall, kann also nicht allein der anhängig gebliebene Prozeß fortgesetzt, sondern auch mit der Vollstreckungsgegenklage die Nichtigkeit uneingeschränkt geltend gemacht werden.

[39]) S. schon meinen Vergleich i. Pr. S. 91/92 — S. 97/98.

[40]) In diesem Falle kann der die Anfechtungsklage Erhebende Schutz gegen die Vollstreckung zwar nicht nach § 769 ZPO., wohl aber auf Grund der gebotenen analogen Anwendung von § 707 ZPO. erlangen.

Aerztliche Gebühren.

Von Amtsrichter **A. Eibecker** in Deggendorf.

I.

Nicht leicht hat eine Gebührennorm in ihrer Handhabung zu größeren Meinungsverschiedenheiten aller Beteiligten geführt als die Verordnung vom 17. November 1902 „Gebühren für ärztliche Dienstleistungen bei Behörden betreffend".

1. Der erste Streitpunkt, der auftauchte, war die Berechnung der Entschädigung für Zeitaufwand. Zuerst hat man den auswärtigen ärztlichen Sachverständigen auch für die Schlafenszeit vollständig nach dem Tarif des durch den Hin- und Rückweg veranlaßten Zeitaufwand bezahlen wollen; bald aber hat man darin einen Widerspruch gegen



Sinn und Wortlaut des § 3 Abs. 2 der VO. gefunden und sich von dieser Auslegung abgewendet — um schleunigst in das geradeso unrichtige Gegenteil zu verfallen! Man glaubte nunmehr dem auswärtigen ärztlichen Sachverständigen zumuten zu dürfen, daß er selbst die Gefahr einer Terminsversäumung auf sich zu nehmen habe und nur die allerletzte Fahrgelegenheit, die ihm fahrplanmäßig gerade noch die Terminswahrnehmung ermöglicht, der Verrechnung zugrunde legen dürfe. Führt diese allerletzte Fahrgelegenheit auch ganz zur Unzeit z. B. früh 5 oder 6 Uhr an den Terminsort, oder getraut sich der Arzt die Gefahr einer möglichen Frühzugs- und Terminsversäumung nicht auf sich zu nehmen und fährt er deshalb mit dem letzten Zug des vorhergehenden Tages, so mag der auswärtige ärztliche Sachverständige ganz nach Belieben über die Zeit bis zur Terminsstunde verfügen; freilich auch ganz auf seine eigene Rechnung! Bezahlt bekommt er nämlich nach der jetzigen Auslegung von der Zeit der Ankunft des Zuges bis zur Terminsstunde nichts! Nach Ankunft am Terminsort kann er erst von der Terminsstunde an seine Zeitversäumnis wieder berechnen: teils als Terminsgebühr, teils als Reisezeitaufwand. Dabei führte der Formalismus zu folgendem, gewiß unbefriedigenden Ergebnis für unmittelbar aufeinanderfolgende selbständige Tagestermine, wie sie z. B. Psychiater bei Schwurgerichtsperioden häufig wahrzunehmen haben. Derjenige Arzt, der ein Freund vom Eisenbahnfahren ist und nach Beendigung des ersten der Termine heimfährt, um irgendwann, vielleicht schon ½ Stunde nach Rückkunft zum neuen Termin des zweiten Tages an den Schwurgerichtssitz zurückzufahren, bekommt doch wenigstens die doppelte Reisezeitentschädigung gegenüber seinem Kollegen, der sich die Voraussetzung für diese weitere Zeitentschädigung nicht durch Sitzen auf den Polstern des Eisenbahnabteils II. Klasse schaffen will. Daß dies ein Unding ist, hat man eingesehen und man hat damit helfen wollen, daß man auch demjenigen auswärtigen Arzt, der bis zum Beginne des zweiten Termins am Schwurgerichtssitze blieb, zwar nicht eine reine Zeitaufwandentschädigung von der Beendigung des ersten bis zum Beginn des zweiten Termins bewilligte, wohl aber die weitere Reisezeitentschädigung anwies, die erwachsen wäre, wenn der Sachverständige in der Zwischenzeit vorübergehend heimgereist wäre. (Entsch. d. ObLG. in StS. Bd. 6 S. 397).

Dieser Auslegung wird entgegengehalten werden müssen, daß der Sachverständige in Wirklichkeit nicht heimgefahren ist: eine Zeitaufwandentschädigung gewähren für eine Reise, die jemand zwar hätte machen dürfen, tatsächlich aber nicht gemacht hat, geht eben nicht an, auch nicht per analogiam: dann schon gar nicht, wenn die auszulegende Bestimmung selbst ausdrücklich gesagt hat, was sie analog gelten lassen will (vgl. § 3 Abs. 2 der VO., wonach die Wartezeit vom Terminszeitende bis zum Abgang des Beförderungsmittels zum Reisezeitaufwand gerechnet werden soll).

Die sämtlichen in dieser Frage ergangenen oberstrichterlichen Entscheidungen (StS. Bd. 4 S. 228, 344; Bd. 5 S. 167; Bd. 6 S. 397) können trotz der teilweisen Aufnahme ins JMBl. in keiner Weise befriedigen. Zum Teil suchen sie nur zu vermitteln, wie auch die gemeinschaftliche JME. vom 22. Februar 1904 durch Zulassung einer erhöhten Tagesdiät für Amtsärzte nahezu einen Almosencharakter trägt. Mit Verlegenheitsentscheidungen ist aber in Fragen nichts gedient, in denen die beteiligten Kreise von der Rechtsprechung grundsätzliche Klärung nicht glücklich gefaßter verordnungsmäßiger Bestimmungen erwarten.

2. Der zweite Streitpunkt in der Handhabung der VO. vom 17. November 1902 betrifft Entschädigung ärztlicher Sachverständiger für Aktenstudium. Gegenüber einer Reihe ablehnender Entscheidungen ist das Landgericht München I in seinem, in Nr. 7 S. 153 des dritten Jahrgangs dieser Zeitschrift mitgeteilten Beschlusse zur Bejahung der Honorierungsfrage gekommen: freilich nicht allgemein, sondern unter Voraussetzungen des gegebenen Falles, die auch diesen Beschluß nur als einen Verlegenheitsbeschluß und als nicht geeignet für die allgemeine Erledigung der Frage erweisen. Denn wie selten werden die Fälle wiederkehren, daß der Gutachter im Augenblick des Auftragswiderrufs zwar die Akten schon studiert, die Person selbst aber nicht eingehend untersucht oder beobachtet hat! Ist aber auch nur letzteres neben dem Aktenstudium noch der Fall gewesen, so entfällt praktisch jegliche Entlohnung für das Aktenstudium auch bei der vom Landgericht München I vertretenen Ansicht jedenfalls dann, wenn der Staat Zahler ist. Die zehn Mark, die gemäß Ziff. 7 der VO. dem Staate gegenüber angesetzt werden können, sind in einigermaßen schwierigen Fällen kaum einige Entschädigung für zeitraubende Beobachtung, geschweige denn, daß in einem solchen Ansatz daneben auch noch eine Entschädigung für Aktenstudium gelegen sein könnte. Für weitaus die meisten Fälle der Praxis wird also wenigstens bei Zusammentreffen zwischen anderweitigen zeitraubenden Untersuchungen und Aktenstudium der Beschluß des LG. München I nicht verwertbar sein.

Immerhin hat dieser Beschluß das Verdienst, daß Stellung genommen ist gegen den jegliche gesonderte Entschädigung für Aktenstudium außerhalb der Gutachtensgebühr ablehnenden Standpunkt des oberlandesgerichtlichen Beschlusses vom 8. November 1905 (abgedr. in Nr. 4 S. 84 des zweiten Jahrgangs dieser Zeitschrift 1906). Der letztere Beschluß hat außerdem schon eine Berichtigung erfahren durch einen Beschluß des II. ZS. des OLG. München vom 27. Dezember 1906 (BeschwR. 706/06 II), den ich zurzeit noch nicht

veröffentlicht finde (s. auch Note 1 auf S. 154 dieses Jahrgangs der Zeitschrift). Dieser Beschluß führt aus allgemeinen Erwägungen und deshalb allgemein verwertbar zu dem gleichen Ergebnisse wie der Beschluß des LG. München I vom 20. Dezember 1906 für seinen besonderen Fall: Er geht von der Erwägung aus, daß man einem Sachverständigen ein unentlohntes Studium umfangreicher Akten nicht zumuten könne. Die Tätigkeit des Aktenstudiums setzt das OLG. sodann der Abwartung eines gerichtlichen Termines gleich und kommt zu einer sinngemäßen Anwendung der Ziff. 14 VO. So begrüßenswert dieser Beschluß namentlich wegen seiner allgemeineren Begründung ist, so arbeitet auch er mit einer kaum einwandfreien Analogie genau wie jene Beschlüsse, die in der ersten Streitfrage zu vermitteln trachten. Wie man aber dort sagen mußte: „Die Reise ist in Wirklichkeit nicht gemacht", so muß man hier einwenden: „Der Termin hat in Wirklichkeit nicht stattgefunden; darum kann es auch keine Terminsabwartungsgebühr geben."

Ob zu dieser Analogie das Gericht durch die bündige Erklärung des Beschwerdeführers hingedrängt wurde, er werde im Abweisungsfall für alle Zukunft häusliches Aktenstudium ablehnen und dem Gerichte die Einweisung in einer Reihe von Terminen überlassen, sei dahingestellt. Tatsächlich liegt die Gefahr nahe, daß das Aktenstudium abgelehnt wird, wenn es nicht besonders entschädigt wird. Das ist nicht nur von diesem Sachverständigen dem Beschwerdegericht gegenüber schriftlich, sondern auch durch andere Aerzte beteiligten Richtern gegenüber mündlich in sichere Aussicht gestellt worden.

Was würde die Folge einer solchen, mit gesetzlichen Mitteln nicht abwendbaren Weigerung sein? Ich habe das kürzlich gelegentlich der Ablehnung einer Erinnerung der Finanzbehörde an der Hand des vorgelegenen, besonders geeigneten Falles — allerdings ohne Erfolg — zur Erwägung gestellt. „Es muß als Grundsatz ausgesprochen werden, daß es eine Verpflichtung des Sachverständigen zum Selbststudium der Akten gar nicht gibt; wenn der Sachverständige darauf besteht, muß ihm der Richter den Akteninhalt eröffnen. Was das in der Praxis hieße, kann der ermessen, der als Entmündigungsrichter das Unglück hat, 25 bis 30 Pfund Akten für einen einzigen Fall von Hysterie zu exzerpieren. 80 Arbeitsstunden beansprucht ein solcher Auszug! Wann haben Richter und Sachverständige gleichzeitig die nötige freie Zeit? Wie lange jedesmal? Reichen günstigsten Falls 30 Termine aus? Auf welchen Zeitraum ziehen sie sich hin? Wie sollen die Geschäfte materiell erledigt und gefördert werden? Nebenbei bemerkt kostet eine gerichtliche Einweisung in einem einfachen Fall eines Rechtshilfeersuchens unnötigerweise die Arbeit eines Richters auf Monate hinaus und im billigsten Fall (10×6 + 20×8) Mk. = 220 Mk.; d. i. Gebühr für Wahrnehmung von 10 zweistündigen und 20 dreistündigen Terminen für den Sachverständigen. Nimmt der Arzt dem Gerichte die Verpflichtung der Akteneinweisung durch Selbststudium ab, so wird die Sacherledigung gefördert, weil der Sachverständige die Akten studieren kann, wann und so oft er Zeit hat und außerhalb der Bureaustunden; der ersuchte Richter ist mit der Sache gar nicht aufgehalten und der Arzt liquidierte im gegebenen Fall statt „der oben berechneten 220 Mk. nur 30 Mk.", die auf Erinnerung der Finanzbehörde hin — abgestrichen wurden.

Wird nun in solchen Fällen die Entschädigung für Aktenstudium abgestrichen, bewendet es im übrigen bei einem etwa dreistündigen Vernehmungstermin und bei schriftlicher Begutachtung und ist der Staat Zahler, so bekommt der Gutachter für seine etwa 90 stündige Tätigkeit bare 18 Mk. Der sich hieraus berechnende Stundensatz von 20 deutschen Reichspfennig steht nicht nur mit dem sogenannten Leipziger Programm der Aerzte, sondern auch mit dem gesunden Menschenverstand in Widerspruch.

Zur Vermeidung der Unzukömmlichkeiten aus der Verweigerung einer Entschädigung für Aktenstudium werden nun die Gutachter neuerdings von den Finanzbehörden darauf verwiesen, von Fall zu Fall beim Justizministerium die Erhöhung der Gebühr nachzusuchen. Dieser Weg wird jedoch von vielen Beteiligten nicht gerne betreten, sondern sie erwarten von der Rechtsprechung eine befriedigende Lösung der Streitfragen. Es ist ihnen um Grundsätze zu tun, nicht um Vermögensvorteile von Fall zu Fall.

(Schluß folgt.)

Mitteilungen aus der Praxis.

Zur Anwendung des § 99 ZPO. Am 30. April 1907 stellte die Firma N. in einem Schreiben an das Amtsgericht Z. den Antrag, über das Vermögen der Eheleute S. das Konkursverfahren zu eröffnen, wobei jedoch der Vorbehalt gemacht war, „den Beschluß betreffend die Eröffnung des Konkursverfahrens nicht vor dem 7. Mai 1907 zu erlassen". In dem kurz vor diesem Termine stattgehabten Verhöre bestritten die schuldnerischen Eheleute ihre Zahlungsunfähigkeit. Die Firma N., hiervon in Kenntnis gesetzt, erklärte, ihren Antrag nicht zurückzunehmen, bat aber die Konkurseröffnung in bezug auf die Frau bis zum 15. Mai 1907 hinauszuschieben, da sie im Hinblick auf den ehelichen Güterstand noch Erhebungen über die Mithaftung der Frau und die Güte einer ihr in Aussicht gestellten Bürgschaft eingeleitet habe und deren Ergebnis abwarten wolle.

Am Nachmittag des 7. Mai erschien der mittlerweile mit seiner Frau uneinig gewordene Ehemann S. vor dem Amtsgericht und beantragte selbst unter Einräumung der Ueberschuldung und Zahlungseinstellung die Eröffnung des Konkursverfahrens, worauf das Amtsgericht — ohne weitere Erhebungen und ohne die

Ehefrau S. zu hören — durch sofort erlassenen Beschluß das Konkursverfahren über das Vermögen der beiden Eheleute eröffnete. Gegen diesen Beschluß erhob die Ehefrau S. sofortige Beschwerde mit der Aufstellung, ihre Mithaftung für die Forderung der Firma N. und ihre Zahlungsunfähigkeit seien zu Unrecht vom Amtsgericht angenommen worden.

Die landgerichtliche Zivilkammer gab der Beschwerde statt, hob den amtsgerichtlichen Beschluß, soweit dadurch das Konkursverfahren über das Vermögen der Ehefrau S. eröffnet wurde, auf und legte die durch diese Konkurseröffnung gegen die Beschwerdeführerin entstandenen Kosten und die Kosten der Beschwerdeinstanz der Firma N. zur Last. Gegen diesen Beschluß erhob die Firma N. „weitere sofortige Beschwerde“, in welcher sie die Aufhebung des Ausspruchs ihrer Kostentragungspflicht begehrte mit der Begründung, sie habe an dem Konkurs über das Vermögen der Frau kein Interesse, dieser Konkurs sei nicht auf ihren Antrag eröffnet worden, sie greife deshalb die Entscheidung der Zivilkammer in sachlicher Hinsicht nicht an und beschränke ihre Beschwerde ausschließlich auf den sie belastenden Kostenpunkt.

Das Oberlandesgericht verwarf die sofortige weitere Beschwerde gemäß § 99 I ZPO., da die Anfechtung einer Entscheidung über den Kostenpunkt unzulässig sei, wenn nicht gegen die Entscheidung in der Hauptsache selbst das Rechtsmittel eingelegt werde. Zugleich überbürdete es der Beschwerdeführerin auch die Kosten der weiteren Beschwerde.

Weder der Gang dieses Verfahrens noch dessen Ergebnis können befriedigen.

Es sind wohl Fälle denkbar, in denen die an einen Konkurseröffnungsantrag geknüpften Wünsche, ja Vorbehalte des Gläubigers auf eine Berücksichtigung durch das angegangene Gericht keinen Anspruch haben. Das werden aber immerhin besonders gelagerte Fälle sein, als deren typischste wohl die angeführt werden dürfen, in welchen durch den formellen Eröffnungsantrag und die vorausgesetzte Kunde hiervon irgend ein Druck auf den säumigen oder nicht genügend willfährigen Schuldner — sozusagen unter Mißbrauch der behördlichen Mitwirkung — geübt werden will. In solchen Fällen mag der Antrag als nicht gestellt — nicht als pure gestellt! — angesehen und der Antragsteller entsprechend verständigt werden. Wenn aber derartige oder ähnliche Verhältnisse nicht vorliegen, ist doch nicht abzusehen, warum einer mäßigen Befristung des Antrags, der triftige Gründe (z. B. eine Reise, eingeleitete Ermittelungen 2c.) zur Seite stehen können, nicht eine billige Berücksichtigung zuteil werden sollte. Dem angegangenen Gerichte, das im übrigen auch in der Schwebezeit an der Vornahme zweckdienlicher Erhebungen nicht gehindert ist, wird es durchgehends weder beschwerlich noch unangenehm zu sein brauchen, wenn es zu einer sofortigen Entscheidung nicht gedrängt, vielmehr in die Lage versetzt wird, seine Entschließungen in jeder ihm dienlich erscheinenden Weise vorzubereiten. Es steht ja zudem allezeit in seinem Belieben, den Antragsteller zu einem unbedingten und unbefristeten Antrag d. i. zu einer präzisen Antragstellung zu veranlassen.

Im Hinblick auf den Wortlaut des § 103 KO. „das Verfahren kann nur auf Antrag eröffnet werden“ und des § 105 ib. „das Gericht hat den Schuldner zu hören“ unterliegt es keinem Zweifel, daß dem Gericht im Augenblicke der Konkurseröffnung ein unbedingter und unbefristeter Antrag vorliegen muß, über welchen, soferne er von einem Gläubiger ausgeht, nach vorausgegangener Anhörung des Schuldners zu entscheiden ist. Da es an beiden Voraussetzungen in dem hier unterstellten Falle fehlt, bleibt nur die Annahme übrig, daß das Konkursverfahren in Wirklichkeit auf den einseitigen Antrag des Ehemannes S. hin eröffnet worden ist, und daran ändert auch die Tatsache nichts, daß äußerlich wohl die gesamte richterliche Tätigkeit durch den Antrag der Firma N. vom 30. April 1907 in Bewegung gesetzt wurde. Ob der Konkurseröffnungsantrag, den der Ehemann am 7. Mai erklärte, überhaupt in Ansehung des ehefraulichen Vermögens ausreichend war, und ob er von der Verpflichtung, die Ehefrau zu hören, entheben konnte, soll hier dahin gestellt bleiben. Jedenfalls kann er mit dem befristeten und mit Vorbehalt versehenen Antrag der Firma N. nicht in der Weise zusammengeschweißt werden, daß sich sagen ließe: „das Konkursverfahren ist auf Antrag der Firma N. eröffnet worden, im Verhältnis zu welchem die Erklärungen des Ehemannes S. nur die Bedeutung von Auskunftserteilungen über die Vermögenslage beider Schuldner haben“.

Ist die hier ausgesprochene Annahme zutreffend, daß ein Antrag der Firma N. der Konkurseröffnung nicht zugrunde liegt, so leuchtet ohne weiteres ein, daß die genannte Firma zu Unrecht mit den durch die Konkurseröffnung gegen die Ehefrau S. und den durch die Einlegung des Rechtsmittels verursachten Kosten belastet wurde. Die sich aufwerfende Frage geht dahin, ob und in welcher Weise eine Möglichkeit bestand, diese Belastung zu beseitigen. Dadurch, daß der Fall trotz seiner Eigenartigkeit unter die abstrakte Rechtsregel gespannt wird „die Anfechtung der Kostenentscheidung ist ohne gleichzeitige Anfechtung der Hauptsache unzulässig“, wird der Sache natürlich nicht gedient. Wie soll die beschwerte Firma N. gegen die Entscheidung in der Hauptsache, die sie für völlig gerechtfertigt hält, Beschwerde erheben, da doch die maßgebende Rechtsprechung — RG. VI, 340) — einen derartigen, lediglich formellen d. h. pro forma erhobenen Angriff gegen die Hauptsache selbst für unzulässig erklärt hat? Darnach wäre ja das Ergebnis stets das nämliche, ob formuliert wird „die Kostenbeschwerde ist nach § 99 I unzulässig mangels gleichzeitiger Anfechtung der Sachentscheidung“, oder „die Beschwerde ist unzulässig, weil der gleichzeitig gegen die Sachentscheidung gerichtete Angriff nur zu dem Zweck erhoben ist, um eine Entscheidung über die Kosten zu ermöglichen“. Ein derartiges Dilemma kann vom Gesetzgeber nicht gewollt sein, noch mit einer vernünftigen Rechtsprechung vereinbar gefunden werden.

Unstreitig findet § 99 ZPO., wie im Gebiete der Beschwerde überhaupt, so auch im Konkursverfahren Anwendung (§ 72 KO., Jaeger S. 544, Seuffert, ZPO. § 568 Anm. 2, JW. 1894 S. 359[4]), allein doch nur mit der selbstverständlichen und jetzt fast allgemein anerkannten Einschränkung auf die an der Sache beteiligten Parteien, also diejenigen, die eben durch einen (nicht bloß formellen) Angriff gegen die Sachentscheidung eine Aenderung herbeizuführen in der Lage waren (Gaupp-Stein I, 284, Petersen I, 254, RG. 53, 69, JW. 1891, 412, JW. 1901, 834 und § 102 ZPO.). Hiernach bestand für das mit der sog. „weiteren Beschwerde“ angegangene Gericht im vorliegen

den Fall kein ernstliches Hindernis für die sachliche Prüfung und Entscheidung des zu seiner Kognition gelangten Streitfalles, wobei dann freilich die nach Maßgabe der Beschwerdebegründung im Vordergrund stehende Frage in erster Linie zu entscheiden war, ob die Firma N. zur Zeit der Konkurseröffnung der Ehefrau S. als Antragstellerin gegenüberstand.

Wenn nun aber auch im Glauben an die uneingeschränkte Kraft und Tragweite des § 99 I ZPO. an der Unzulässigkeit der Beschwerde festgehalten werden wollte (cf. JW. 1899 S. 160), so stand doch sicher nichts im Wege, das Vorbringen der Beschwerdeführerin aus dem Gesichtspunkte des § 4 GKG. zu würdigen. Das Reichsgericht hat in seinem Plenarbeschluß vom 15. Febr. 1886 (RG. XVI, 291) der genannten Bestimmung ein weitgehendes Geltungsgebiet zuerkannt und zweifellos auch den Verstoß gegen § 45 GKG. — „Ansetzung von Gebühren, obwohl ein Gegner nicht vorhanden ist“ — als Gegenstand der Erinnerung zugelassen, wie ja anerkanntermaßen auch die Nichtanwendung des § 6 GKG. im Wege der Erinnerung und Beschwerde vom Zahlungspflichtigen gerügt werden kann. Allein die hierdurch sich ermöglichende Abhilfe wäre immerhin eine unvollständige, da sie gemäß §§ 45, 80 a GKG. nur die Beseitigung der Staats- und Schreibgebühren im Gefolge hätte, im übrigen aber bezüglich der dem Gegner zu erstattenden Kosten nichts ändern würde. Gerade das Unzulängliche dieser Art der Abhilfe weist darauf hin, daß es allein gerecht und sachgemäß ist — will man nicht geradezu auf eine Anrufung des § 839 BGB. hindrängen — die von einem an der Sachentscheidung nicht Beteiligten gegen die Kostenauferlegung erhobene Beschwerde für zulässig, weil außerhalb des Rahmens des § 99 stehend, anzusehen.

Oberlandesgerichtsrat Laux in Zweibrücken.

Zu § 416 ZPO. In einem Urteil des OLG. Bamberg (mitgeteilt in dieser Zeitschrift Nr. 8 S. 178) wurde die Erhebung eines Beweises über die Behauptung des Beklagten für unzulässig erklärt, daß er die in einer von ihm unterzeichneten Darlehensurkunde enthaltene selbstschuldnerische Bürgschaft nicht geleistet habe. Der Beklagte hatte in diesem Falle die Darlehensurkunde als Geschäftsführer einer G. m. b. H. unterzeichnet. Die Darlehensurkunde enthielt aber auch eine Bestimmung, wonach der Beklagte für das der G. m. b. H. gegebene Darlehen die selbstschuldnerische Bürgschaft übernahm. Beklagter hat aber nach seiner Behauptung sofort nach dem Verlesen der von dem Kläger verfaßten Urkunde erklärt, daß er die persönliche selbstschuldnerische Bürgschaft nicht übernehme und es war Kläger angeblich damit einverstanden. Beklagter behauptete, die Durchstreichung der betreffenden Stelle sei nur in der Eile unterlassen worden.

Die Begründung des oberlandesgerichtlichen Urteils scheint der Bedeutung des § 416 ZPO. nicht völlig gerecht zu werden. Es wird ausgeführt, ein Gegenbeweis gegen die Beweiskraft der Urkunde sei nicht denkbar, denn könnte die einfache Behauptung des Ausstellers gehört werden, daß der Inhalt der Urkunde seinem Willen nicht entspreche, so würde dadurch der Wert der Beurkundung vernichtet. Es folgen dann Erörterungen über die Voraussetzungen, unter welchen mündliche Nebenabreden gültig sind, und es wird schließlich fortgefahren, daß hier Nebenabreden nicht behauptet seien, der Beklagte bestreite nur, die Bürgschaft abgegeben zu haben. Dies sei ein Widerspruch gegen den klaren Inhalt der Urkunde; ein Beweis hierüber sei nach § 416 ZPO. unzulässig und es sei sonach die Willenseinigung der Parteien über die Bürgschaftsleistung erwiesen. Soweit die formelle Beweiskraft einer Urkunde in betracht kommt, kann den Ausführungen beigestimmt werden. Allein die formelle Beweisregel des § 416 ZPO. schließt den Nachweis nicht aus, daß aus materiellen Gründen der Urkunde keine oder doch nicht volle Beweiskraft zukommt. Es ist insbesondere der Einwand zulässig, daß der Urkunde ein Irrtum, eine Täuschung oder Mangel einer verpflichtenden Absicht zugrunde liegt, oder daß die Urkunde anders als vereinbart, niedergeschrieben wurde (vgl. RGE. V/385, XXX/109, LII/23). Kann danach der Aussteller einer Urkunde trotz der Bestimmung des § 416 ZPO. z. B. einwenden, es sei bei der Ausstellung der Urkunde vereinbart worden, sie solle den Aussteller nicht verpflichten, so müssen derartige Einwendungen auch bezüglich einzelner Teile der Urkunde zugelassen werden. Selbstverständlich immer vorausgesetzt, daß der Einwand wirklich geeignet ist, die behauptete und durch die Urkunde formell bewiesene Willenseinigung der Parteien zu entkräften oder daß nicht gerade aus der Unterschrift der Urkunde auch in materieller Beziehung die Billigung des gesamten Inhalts gefolgert werden muß.

Nun richtet sich aber auch in dem mitgeteilten Fall (soweit wenigstens der Tatbestand aus der Mitteilung entnommen werden kann) der Einwand des Beklagten nicht gegen die formelle sondern gegen die materielle Beweiskraft der betreffenden Urkunde, soweit die Bürgschaft in betracht kommt. Wer behauptet, daß ein bestimmter Teil einer Urkunde nicht der wirklichen Vereinbarung entspricht, und daß die entsprechende Stelle nur versehentlich nicht gestrichen wurde, bestreitet nicht, daß formell der Nachweis der fraglichen Vereinbarung vorliegt, sondern er macht geltend, daß trotz der formell vorliegenden Einigung tatsächlich eine solche nicht vorliegt und auch nicht beurkundet werden sollte. Wenn die Behauptung des Beklagten richtig ist, wurde ein Bürgschaftsvertrag nicht abgeschlossen, denn der Beklagte erklärte, er wolle sich nicht verbürgen, Kläger war damit einverstanden, also ging der beiderseitige Wille dahin, daß die Urkunde ohne die Bürgschaftserklärung gelten solle. Es handelt sich demnach nicht um die einfache Behauptung des Ausstellers, daß die Urkunde nicht seinem Willen entspreche, sondern daß sie auch nicht dem Willen der Gegenpartei entsprechend sei. Waren beide Teile einig, daß die auf die Bürgschaft bezügliche Stelle der Urkunde wegfallen sollte, so wurde nicht dadurch eine Einigung über die Bestellung der Bürgschaft erzielt, daß versehentlich die betreffende Stelle vor Vertragsunterschrift nicht gestrichen wurde. Auch damit, daß die Behauptung des Beklagten einen Widerspruch gegen den klaren Inhalt der Urkunde enthalte, kann für sich allein die Unzulässigkeit der Beweiserhebung nicht begründet werden. Einwendungen gegen die materielle Beweiskraft einer Urkunde werden regelmäßig dem Inhalt der Urkunde, mag er noch so klar sein, widersprechen. Auch der völlig klare Inhalt einer Urkunde kann auf Irrtum und Täuschung beruhen, oder in beiderseitigem Einverständnis einem Scheingeschäft dienen. Es ist sicher ein Widerspruch gegen den klaren Inhalt der

Urkunde, wenn der Aussteller eines Schuldscheines behauptet, er habe lediglich infolge eines Schreibversehens statt 300 Mk. 3000 Mk. geschrieben. Man wird aber gewiß diesen Einwand für zulässig halten. Das versehentliche Unterlassen der Durchstreichung eines Teiles der Urkunde ist aber nicht anders zu beurteilen, wie ein Schreibversehen. Es würde übrigens die Geltendmachung eines Teiles einer Urkunde, welcher lediglich aus Versehen stehen geblieben ist, auch den Grundsätzen von Treu und Glauben widersprechen und gegen die guten Sitten verstoßen. Der Aussteller kann daher in einem solchen Fall der Geltendmachung die exceptio doli generalis entgegensetzen. Diese dem gemeinen Recht entstammende Einwendung wurde zwar nicht ausdrücklich vom BGB. übernommen, allein es wird der ihr inne wohnende allgemeine Grundsatz als selbstverständlich vorausgesetzt, wie sich insbesondere aus den Bestimmungen der §§ 157, 242, 226, 826 ergibt. Es muß daher angenommen werden, daß auch nach dem Recht des BGB. die exceptio doli generalis Geltung hat (vgl. OLGR. Silbermann in dieser Zeitschr. I. Jahrg. S. 35, Rehbein, Das BGB. Anm. 3 zu §§ 241 ff., Komm. von Staudinger zum BGB., Vorbemerkung zu § 175, JW. Jahrg. 1904 S. 89, 482, 555, 1907 S. 100; RG. 58/356 u. 425; 61/359).

Es verstößt aber sicher ebenso gegen die guten Sitten, wenn jemand aus einer versehentlich in einer Urkunde stehen gebliebenen Bestimmung trotz Kenntnis des wahren Sachverhalts Rechte geltend macht, als wenn jemand auf Grund eines rechtskräftigen Urteils vollstrecken läßt, obwohl er weiß, daß ihm gegen den Schuldner eine Forderung nicht zusteht (vgl. die RGE. 61/359 u. Rehbein a. a. O.).

Die hier behandelte Frage hat eine größere praktische Bedeutung, als es auf den ersten Blick scheinen mag, da bei einer Reihe von Verträgen regelmäßig bereits gedruckte Formulare verwendet werden und häufig eine Vereinbarung dahin getroffen wird, daß die eine oder andere in dem Formular enthaltene Bestimmung wegfallen soll.

Es sei nur auf die Mietverträge in größeren Städten, auf die Kaufverträge bei Abzahlungsgeschäften und auf die Kommissionsnoten der Geschäftsreisenden hingewiesen. Ein anderer Einwand, welcher namentlich bei Formularverträgen häufig vorgebracht wird, ist der, daß die eine Partei behauptet, sie habe den Vertrag vor der Unterschrift nicht durchgelesen. Ueber diese Behauptung für sich allein darf selbstverständlich kein Beweis erhoben werden. Denn abgesehen von der Bestimmung des § 416 ZPO. wird man im Zweifel annehmen müssen, daß derjenige, welcher eine Urkunde unterschreibt, ohne sie zu lesen, deren Inhalt billigt, gleichviel wie er auch lauten mag. Allein es lassen sich auch hier Fälle denken, in welchen das Nichtlesen der Urkunde einen zu beachtenden Einwand gegen die materielle Beweiskraft der Urkunde enthält. Dies ist z. B. der Fall, wenn die eine Partei der anderen zusichert, daß das zu unterschreibende Schriftstück einen bestimmten Inhalt hat und die Unterschrift nur im Vertrauen auf die Richtigkeit der wahrheitswidrigen Zusicherung erfolgt. Ebenso verhält es sich, wenn jemand seinem Geschäftsfreund, welcher regelmäßig die ihm vorgelegten Vertragsexemplare, ohne sie zu lesen, unterzeichnet, eine Urkunde zur Unterschrift vorlegt, welche Bestimmungen enthält, welche den beiderseitigen Vereinbarungen nicht entsprechen, in der Erwartung, der Geschäftsfreund werde auch dieses Mal unterschreiben, ohne vorher das Schriftstück durchzulesen, und die Unterschrift auch tatsächlich in der Ueberzeugung erfolgt, die Urkunde enthalte wie auch sonst immer nur die gegenseitig vereinbarten Bestimmungen.

In jedem Falle müssen aber die Einwendungen, wenn sie gegenüber der Beweisregel des § 416 ZPO. Beachtung finden sollen, derart beschaffen sein, daß bei ihrem Nachweis nach Lage der Sache trotz der formell gültigen Urkunde und der Bestimmung des § 416 a. a. O. die betreffende Erklärung materiell keine oder doch nicht die von der Gegenpartei behauptete rechtliche Wirkung haben kann.

Amtsrichter **Kraus** in München.

Aus der Praxis der Gerichte.

Reichsgericht.

A. Freiwillige Gerichtsbarkeit.

1. Unrichtige Datierung des eigenhändigen Testaments. Unzulässigkeit der Berichtigung einer falschen Zeitangabe auf Grund besonderer Ermittelungen.

2. Ausstellung eines Erbscheins trotz Nichtvorhandenseins der Testamentsurkunde.

Gründe: 1. Das LG. stellt fest, daß das von der Witwe B. errichtete, mit dem Datum: „M. den 12. August 1906" versehene Testament nicht an diesem Tage, sondern so, wie es vorliegt, am 13. August 1906 von der Erblasserin niedergeschrieben und unterzeichnet worden ist. Da der Formvorschrift des § 2231 Nr. 2 BGB. nur durch Angabe des wahren Tages der Errichtung genügt wird, so ist damit zunächst die Ungültigkeit des Testamentes dargetan. Zwar findet sich unmittelbar unter der Unterschrift der Erblasserin auf demselben Blatt Papier, das zur Niederschrift des Testaments gedient hat, eine mit dem Siegel der Stadtgemeinde M. abgestempelte, unter dem Datum „M. den 13. August 1906" ausgestellte, von dem Bürgermeister und zwei anderen Personen unterzeichnete Beurkundung, wonach die Erblasserin im Beisein der mitunterzeichneten Zeugen erklärt hat, daß „das oben Niedergeschriebene im Falle ihres Ablebens ihr letzter Wille sei". Der Bürgermeister hat ferner hierneben am Rande mit der Unterschrift „M. den 13. August 1906" bescheinigt, daß „vorstehendes Testament von der Witwe B. als Testamentarin sowie von den Zeugen ... eigenhändig unterschrieben sei". Allein das OLG., das die weitere Beschwerde gemäß § 28 Abs. 2 FGG. dem Reichsgericht vorlegt, trägt mit Recht Bedenken, aus diesen Beurkundungen, die mangels Beobachtung wesentlicher Formvorschriften (§§ 2249, 2241, 2242 BGB.) das Testament auch als sog. Dorftestament unhaltbar erscheinen lassen, den Beweis zu entnehmen, daß der 12. August von der Erblasserin nur versehentlich statt des 13. August als Tag der Errichtung angegeben worden sei. Es glaubt jedoch, diese Feststellung könne sich daraus gewinnen lassen, daß der Bürgermeister bei Gelegenheit derselben dienstlichen Aeußerung vor dem Nachlaßgerichte, durch welche sich die Unrichtigkeit des von der Erblasserin niedergeschriebenen Datums herausgestellt hat, auch Angaben gemacht habe, aus denen ein derartiger Irrtum der Erblasserin hervorgehe. Es besteht nun zwar rechtlich kein Hindernis, trotz eines äußerlichen Mangels das gesetzliche Erfordernis des wahren Ortes und Tages der Errichtung als erfüllt anzusehen. Dabei ist aber vorausgesetzt, daß es ohne weiteres, insbesondere ohne Heranziehung der gewöhnlichen Beweismittel gelingt, die offenbar falsche Datierung

durch die gewollte, bis zum Beweise des Gegenteils nunmehr als richtig anzunehmende Datierung zu ersetzen. Dem Privattestament des § 2231 Nr. 2 BGB. wohnt auch bezüglich der Richtigkeit des Datums auf solange urkundliche Beweiskraft inne, als der Beweis des Gegenteils nicht erbracht ist. Ist dies aber geschehen — und zu diesem Behufe stehen dem Gegenbeweisführer grundsätzlich alle Beweismittel offen —, so ist damit auch die Beweiskraft der Urkunde zerstört, wenn es nicht möglich ist, sie aus sich selbst heraus in dem entscheidenden Teile dennoch richtig zu stellen. Das Reichsgericht ist in einem früheren Falle soweit gegangen, hierbei außer dem sonstigen Inhalte des Testamentes auch die Verwertung offenkundiger Tatsachen für nicht grundsätzlich ausgeschlossen zu erklären. Dagegen würde es zur völligen Preisgabe der vom Gesetz als wesentliches Formerfordernis aufgestellten Urkundeneigenschaft auch des Privattestaments führen, wenn die Berichtigung der falschen Orts- oder Zeitangabe auch aus Tatumständen abgeleitet werden dürfte, die erst auf Grund sonstiger Ermittelungen feststellbar wären. Dabei kann es rechtlich keinen Unterschied machen, ob jene Tatumstände schon bei Gelegenheit des Gegenbeweises gegen die im Testament angegebene Datierung oder, wie im Streitfalle, gelegentlich der gemäß § 2358 BGB. vom Nachlaßgericht veranstalteten Ermittelungen hervorgetreten sind, oder ob sie erst in einem besonderen Verfahren und mit Hilfe anderer Beweismittel erhoben werden. Das OLG. will insbesondere darauf Gewicht legen, daß der Bürgermeister sich bei dem streitigen Testament als Urkundsperson beteiligt habe und will deshalb seine dienstliche Aeußerung auch insofern mit beachten, als sie zugleich die Art des der Erblasserin unterlaufenen Irrtums aufkläre. Allein dabei ist übersehen, daß das Testament der Witwe B., wenn überhaupt als letzter Wille, dann nur als Privattestament in Betracht kommen kann und daß bei dieser Testamentsform die Mitwirkung irgend welcher anderer Personen, von dem hier nicht interessierenden § 2248 abgesehen, schon begriffsmäßig ausgeschlossen ist.

2. Erweisen sich hiernach die Gründe an sich als zutreffend, aus denen das Amtsgericht den Antrag der in dem Testament als Erben eingesetzten Beschwerdeführer zurückgewiesen hat, ihnen den Erbschein zu erteilen, so kann das Verlangen der Beschwerdeführer gleichwohl noch nicht endgültig als ungerechtfertigt bezeichnet werden. Das LG. trifft nämlich weiter die Feststellung, daß ein gleichlautendes Testament, das die Erblasserin am 12. August 1906 ge- und unterschrieben hat, nicht mehr vorhanden ist. Anscheinend ist dabei übersehen, daß nach § 2356 Abs. 1 BGB. die Unmöglichkeit, die das Erbrecht der Antragsteller ergebende Testamentsurkunde vorzulegen, kein Hindernis für Erteilung des Erbscheins bildet, wenn das Vorhandensein einer gültigen letztwilligen Verfügung mit anderen Beweismitteln dargetan werden kann. Hatte die Erblasserin die Antragsteller bereits am 12. August 1906 in einem formgerechten Testamente zu Erben eingesetzt, so hat sie dieses Testament keinesfalls dadurch aufgehoben, daß sie Tags darauf ein zweites hiermit gleichlautendes Testament errichtet hat, das wegen Formmangels überdies nichtig ist (§ 2258 BGB.). Sogar wenn sie das frühere Testament selbst vernichtet hätte, so wäre doch nach § 2255 Abs. 2 nur eine Vermutung dafür begründet, daß sie die Aufhebung des Testaments beabsichtigt hatte und diese Vermutung könnte im Laufe des in § 2358 geordneten Ermittelungsverfahrens mit allen zulässigen Beweismitteln widerlegt werden. In dieser Richtung bedarf es deshalb einer weiteren Aufklärung des Sachverhalts. (Beschl. des IV. ZS. vom 8. Mai 1907). ———n.

1012

B. Zivilsachen.

I.

Begriff des ehelichen Aufwands im Sinne der §§ 1371, 1427 Abs. 2 BGB. Wird die Pflicht der Frau zur Beitragsleistung dadurch ausgeschlossen, daß sie vom Manne getrennt lebt und zur Herstellung der häuslichen Gemeinschaft nicht verpflichtet ist? Kann sie der Klage auf Beitragsleistung durch Verweisung auf den Unterhaltsanspruch des Mannes und der Kinder entgegentreten? Die Parteien haben durch Ehevertrag die Gemeinschaft der Güter und des Erwerbes ausgeschlossen und bestimmt, daß sowohl das eingebrachte, wie das in der Ehe von der Klägerin zu erwerbende Vermögen vorbehaltenes Vermögen sein solle. Der Mann hat die Verurteilung der seit Februar 1904 dauernd von ihm getrennt lebenden Klägerin dazu erreicht, daß sie während bestehender Ehe vom 1. Oktober 1904 ab zur Bestreitung des ehelichen Aufwandes an den Beklagten jährlich 1200 Mk. zahle. Die Revision blieb erfolglos.

Aus den Gründen: Nach § 1371 BGB. ist die Frau verpflichtet, aus ihrem Vorbehaltsgut dem Manne einen Beitrag zur Bestreitung des ehelichen Aufwandes und zwar, da Nutzungen des eingebrachten Gutes im Streitfalle nicht in Frage stehen, im vollen Umfange des § 1427 Abs. 2 BGB. zu leisten. Mit Unrecht behauptet sie, diese Verpflichtung sei dadurch erloschen, daß sie von ihrem Ehemann getrennt lebt und, wie der Berufungsrichter anerkennt, zur Herstellung der häuslichen Gemeinschaft nicht verpflichtet ist. Wortlaut und Entstehungsgeschichte des Gesetzes bieten keinen Anhalt dafür, daß unter dem ehelichen Aufwand (§§ 1371, 1389, 1427, 1441, 1458, 1529 BGB.) nur der durch die tatsächliche Ausübung der ehelichen Lebensgemeinschaft, nicht schlechthin der durch den Bestand der Ehe verursachte Aufwand zu verstehen sei. Schon die Schließung der Ehe bringt die Notwendigkeit der Einrichtung eines Haushaltes, ihr Fortbestehen diejenige der Erhaltung der Wirtschaft mit sich (§§ 1620, 1624 des BGB.). Der ganze hierdurch gegebene Lebenszuschnitt kann nicht von heute auf morgen und kann auf absehbare Zeit überhaupt nicht geändert werden, wenn wie im Streitfalle eheliche, der häuslichen Erziehung bedürftige Kinder vorhanden sind. Das Fernsein der Hausfrau und Mutter pflegt erfahrungsmäßig sogar eine Steigerung statt eine Verminderung der Haushaltskosten zur Folge zu haben. Sowenig daher im gesetzlichen Güterstande das Verwaltungs- und Nutznießungsrecht des Mannes, womit gemäß § 1389 BGB. die Pflicht zur Tragung des ehelichen Aufwandes in engster Verbindung steht, durch das tatsächliche Getrenntleben der Ehegatten beeinträchtigt wird, so wenig ist auch im getrennten Güterstande die Frau berechtigt, während des Getrenntlebens den Zuschuß zu verweigern, den ihr das Gesetz als Ausgleich für die ihr selbst vorbehaltenen Vermögensnutzungen auferlegt. Inwieweit sie ausnahmsweise den Beitrag zurückbehalten darf, bestimmt § 1428 BGB. Es gereicht deshalb der Klägerin nur zugunsten, wenn ihr der Berufungsrichter zu Zwecken ihres eigenen Unterhalts einen Abzug von jährlich 1000 Mk. gestattet hat, ohne erst zu untersuchen, ob eine erhebliche Gefährdung ihres Anspruchs auf die Unterhaltsrente vorliegt (§ 1361 BGB.). Im übrigen ist zwar richtig, daß der Begriff des ehelichen Aufwandes den eigenen Unterhalt sowohl der Ehegatten als der gemeinschaftlichen, mindestens der den elterlichen Haushalt teilenden Abkömmlinge mitumfaßt. Er wird aber damit nicht erschöpft; es ist deshalb unrichtig, wenn die Klägerin glaubt, statt des Beitrags den Mann wie die Kinder auf Erhebung des gesetzlichen Unterhaltsanspruchs gegen sie verweisen zu dürfen. Die auch vom Gesetz anerkannte Regel bildet vielmehr, daß die Frau gerade durch Zahlung des Beitrags

den Mann in den Stand setzt, u. a. auch seinen Unterhaltsverpflichtungen sowohl ihr als den Kindern gegenüber nachzukommen. Wäre sie tatsächlich genötigt worden, ihren Kindern unmittelbar den Unterhalt zu gewähren, so könnte allerdings in Frage kommen, ob sie die hierzu gemachten Aufwendungen dem Manne gegenüber am Beitrage kürzen dürfe. Mit Recht hat aber der Berufungsrichter ihren Einwand zurückgewiesen, daß sie von den Kindern auf Unterhalt verklagt sei, da sie dieser Klage ja gerade durch Zahlung des Beitrags an den Mann wirksam begegnen könne. Jedenfalls hat sie nicht behauptet, daß auch in diesem Falle der Unterhalt der Kinder gefährdet sein würde und daß sie deshalb den Beitrag zur eignen Verwendung zurückbehalten dürfe (§ 1428 Abs. 1 BGB.). Es kann deshalb auf sich beruhen, ob ihr, wie der Berufungsrichter annimmt, bezüglich des Beitrags der Rechtsbehelf aus § 323 ZPO. ohne weiteres zur Seite stehen würde. (Urt. d. IV. ZS. vom 27. Mai 1907, IV 489/06). — — — n.

1013

II.

Ein notarieller Kaufvertrag über ein Grundstück ist gemäß § 313 BGB. nichtig, wenn vereinbart ist, daß die Gegenleistung für den Erwerb des Grundstücks in der Abtretung einer Hypothek bestehen soll, die notarielle Urkunde aber nur die Angabe enthält, der Kaufpreis sei berichtigt.

Der Kläger klagt auf Erfüllung eines notariellen Vertrages, durch den er von dem Beklagten ein Grundstück gekauft hat, mit dem Antrage, den Beklagten zur Erteilung der Auflassung zu verurteilen. Der Beklagte hat Abweisung der Klage beantragt und nach diesem Antrage hat, nachdem in der ersten Instanz der Kläger gesiegt hatte, der Berufungsrichter auf Grund des Einwandes des Beklagten erkannt, daß der Vertrag vom 10. November 1905 wegen Verstoßes gegen § 313 BGB. nichtig sei. Die Revision des Klägers blieb ohne Erfolg. Gründe: Nach dem § 2 des Vertrages ist der Kaufpreis „wie die Parteien anerkennen, berichtigt". Die Art der Berichtigung ist nicht angegeben. Der Berufungsrichter stellt aber tatsächlich fest, es sei zwischen den Parteien von vorneherein vereinbart worden, daß die Gegenleistung für den Erwerb des veräußerten Grundstücks die Abtretung einer für den Kläger auf dem Rittergute G. haftenden Teilhypothek von 22 000 Mk. bilden sollte. Unter diesen Umständen erachtet der Berufungsrichter den Vertrag für nichtig gemäß § 313 BGB., weil sein Inhalt in der notariellen Urkunde unvollständig beurkundet worden sei. Es liege ein Tauschgeschäft (nicht ein Kauf) vor und ein solches Geschäft, das nach § 515 BGB. ebenfalls der gerichtlichen oder notariellen Form bedurft hätte, sei in der Notariatsurkunde nicht zum Ausdruck gelangt. Sodann sei, selbst wenn man das Geschäft als Kauf bezeichne, zur Wahrung der Formvorschrift des § 313 BGB. notwendig gewesen, auch die Abreden über die Belegung des Kaufpreises in die Notariatsurkunde aufzunehmen, die ebenfalls wesentliche Vertragsbestandteile seien. Das sei nicht geschehen. Diese Ausführungen werden von der Revision als irrig angegriffen. Sie sind aber zutreffend. Das Urteil des erkennenden Senats vom 12. Dezember 1903 (Jur. Wschr. 1904 S. 55 Ziff. 6), das die Revision für ihre Ansicht heranzieht, betraf einen wesentlich anders liegenden Fall. Dort war aus der Urkunde ersichtlich, daß der Kaufpreis durch Hingabe von Hypotheken berichtigt werden sollte, und der Streit drehte sich nur darum, ob die Vereinbarung der Parteien darüber, welche Hypotheken den Gegenstand der Hingabe an Zahlungsstatt bildeten, ebenfalls in die Urkunde hätte aufgenommen werden müssen, oder ob genügender Anhalt dafür vorlag, daß der im Wege der Auslegung festzustellende Urkundeninhalt jene Vereinbarung mitumfaßte. Davon kann hier keine Rede sein. (Urt. des V. ZS. vom 22. Juni 1907, V 633/06). — — — n.

1020

III.

Formloses Leibrentenversprechen zum Zwecke der Gewährung einer Ausstattung (§ 761 BGB.). Der Kläger ist mit einer Tochter des Beklagten verheiratet. Die Ehegatten leben im gesetzlichen Güterstande. Bei ihrer Verheiratung erhielt die Ehefrau des Klägers vom Beklagten eine in Wohnungseinrichtung, Kleidern und Wäsche bestehende Aussteuer. Jetzt verlangt der Kläger die Verurteilung des Beklagten zur Zahlung von monatlich 50 Mk. an Kläger solange, als die zwischen dem Kläger und der Tochter des Beklagten geschlossene Ehe besteht. Er behauptet, der Beklagte habe sich verpflichtet, der Frau mit Rücksicht auf ihre Verheiratung zur Begründung und Erhaltung der Wirtschaft als Ausstattung monatlich 50 Mk. zu zahlen. Diese Verpflichtung habe er nach der Verheiratung wiederholt anerkannt. Das LG. erkannte durch Zwischenurteil gemäß § 304 ZPO., daß der Klageanspruch dem Grunde nach festgestellt werde. Auf die Berufung des Beklagten wies das OLG. die Klage ab. Es erblickte in dem der Klage zugrunde liegenden Versprechen ein mangels schriftlicher Form nichtiges zum Zwecke der Ausstattung abgegebenes Versprechen einer Leibrente. Die Revision des Klägers blieb erfolglos.

Gründe: Das OLG. legt zunächst den Unterschied zwischen Aussteuer (§ 1620 BGB.) und Ausstattung (§ 1624) dar. Erstere sei von dem Beklagten der Ehefrau des Klägers tatsächlich gewährt worden. Außerdem habe der Beklagte erwiesenermaßen das Versprechen mündlich erteilt, seiner Tochter zur Begründung und Erhaltung einer selbständigen Wirtschaft monatlich 50 Mk. zu zahlen. Hiermit habe er eine Ausstattung in Form einer Rente versprochen. Da es sich um regelmäßig wiederkehrende, auf eine längere Zeitdauer, im Zweifel auf die Lebensdauer der berechtigten Ehefrau des Klägers in Geld zu entrichtende Leistungen handele, sei die Rente eine Leibrente und falle demgemäß unter § 761 BGB. Schriftliche Erteilung des Versprechens sei notwendig. Zugunsten des einem Ausstattungszwecke dienenden Rentenversprechens sei keine Ausnahme gemacht worden. Die Ausführungen des OLG. stehen mit dem Urteile des erkennenden Senats vom 23. Mai 1906 (Entsch. Bd. 63 S. 323) im Einklange. Der Senat findet nach nochmaliger Prüfung keine Veranlassung, von seiner Ansicht abzugehen. Allerdings kann ein zu Ausstattungszwecken formlos abgegebenes Versprechen einer Geldsumme unter Umständen verbindlich sein, während ein zu gleichen Zwecken formlos abgegebenes Rentenversprechen unverbindlich ist. Allein diese verschiedene Behandlung der beiden Ausstattungsversprechen entbehrt nicht der inneren Rechtfertigung. Denn in letzterem Falle ist der Versprechende, anders als im ersteren Falle, außerstande, mit Sicherheit von vornherein die Tragweite seines Versprechens, insbesondere den Umfang der ihm obliegenden Leistungen zu übersehen. Angesichts der daraus folgenden Gefahren ist für den Versprechenden besondere Vorsicht am Platze und dazu wird er durch den Formzwang angespornt. (Urt. des IV. ZS. vom 28. April 1907, IV 458/06.)

1011 — — — n.

IV.

Bereicherung des Grundstückseigentümers durch Fundierungsarbeiten, die ein Baugeschäft auf Grund eines Vertrags mit einer dritten Person geleistet hat, der die Baustelle verkauft aber noch nicht aufgelassen war? (§§ 812 ff., 946, 951 BGB.).*) Auf Bestellung des

*) Anm. des Herausgebers. Ein sehr lehrreicher Fall, der leider zeigt, daß die Vorschriften des BGB. über die ungerechtfertigte Bereicherung den Bauhandwerkern keinen genügenden Schutz gegen die Schiebungen der Bauspekulanten gewähren.

Maurermeisters B. hat die Klägerin für den Neubau auf einer Baustelle die Fundierungsarbeiten ausgeführt. Das Grundstück gehörte damals dem Beklagten J. Dieser hatte der beklagten Firma W. & Co. notarielle Vollmacht vom 19. Juni 1905 erteilt und auf Grund dieser Vollmacht war die Parzelle von W. & Co. an B. verkauft, ihm aber nicht aufgelassen worden. B. und die Klägerin hatten für die Fundierungsarbeiten einen Preis von 16310 Mk. bedungen. B. leistete eine Anzahlung von 8200 Mk. und stellte der Klägerin über den Rest von 8110 Mk. am 16. Oktober 1905 eine notarielle vollstreckbare Schuldurkunde aus. Hinterher ergab sich die vollständige Zahlungsunfähigkeit des B. und der Neubau blieb nach der Beendigung der Fundierungsarbeiten liegen. Die Baustelle ist später anderweit verkauft worden. Nach der Behauptung der Klägerin ist dieser zweite Verkauf wiederum von W. & Co. auf Grund der notariellen Vollmacht des J. geschlossen und dabei mit Rücksicht auf die schon vorhandene Fundierung ein höherer Preis erzielt worden, der Mehrerlös aber in die Tasche von W. & Co. geflossen. Klägerin nimmt nun die beiden Beklagten aus dem Rechtsgrunde der ungerechtfertigten Bereicherung als Gesamtschuldner für den Rest der mit B. bedungenen Vergütung in Anspruch. Sie behauptet, die Parzelle sei durch die Fundierungsarbeiten um den Betrag dieser Vergütung wertvoller geworden. Die Klage und die Berufung wurden zurückgewiesen. Die Revision der Klägerin blieb erfolglos.

Gründe: Der Berufungsrichter hat die Anwendung des § 812 BGB. abgelehnt. Er führt aus, daß sich nach der eigenen Darstellung der Klägerin eine unmittelbare Vermögensverschiebung zwischen den Parteien nicht vollzogen habe. Vielmehr habe die Klägerin die Arbeiten dem B. geleistet und B. sie erst hinterher mit der Parzelle den Beklagten überlassen. Der dadurch den Beklagten entstandene Vorteil sei ihnen auch nicht auf Kosten der Klägerin entstanden, weil Klägerin von B. dem Vertrage entsprechend Zahlung zu fordern habe und die Vermögenslosigkeit des B. hieran nichts ändere. Der Fall des § 822 BGB. liege nicht vor, weil der Empfänger der Leistung der Klägerin, nämlich B. die Arbeiten nicht ohne Rechtsgrund erlangt habe, so daß es auf die Frage, ob eine unentgeltliche Zuwendung von B. an die Beklagten stattgefunden habe, nicht ankomme. Der Berufungsrichter ist mit diesen Ausführungen zu einem rechtlich zutreffenden Ergebnisse gelangt. Allerdings darf, wenn man die Richtigkeit der Klagebehauptungen unterstellt, im Hinblick auf die §§ 93, 94, 946 BGB. nicht verkannt werden, daß die von der Klägerin verwendeten Baustoffe vermöge ihrer Verbindung mit dem Grundstücke des Beklagten J. aus dem Vermögen der Klägerin ausschieden und unmittelbar in das Vermögen des J. übergingen. Unmittelbar kam die Verbesserung des Grundstücks dem Beklagten J. auch insoweit zugute, als sie nicht durch eine Einfügung beweglicher Sachen, sondern durch Arbeitsleistungen bewirkt wurde. Dazu kommt, daß die Leistungen der Klägerin im Verhältnis zwischen ihr und dem Beklagten J. des Rechtsgrundes entbehrten. Allein die Tatbestandsvoraussetzungen der §§ 812 Abs. 1 und 818 Abs. 2 BGB. haben sich in der Person der Klägerin gleichwohl nicht in vollem Umfange erfüllt, weil die Bereicherung nicht auf ihre Kosten stattgefunden hat. Die Leistungen der Klägerin geschahen ausnahmslos in Erfüllung des Vertrages, den sie mit B. geschlossen hatte und dieser Vertrag war rechtswirksam; er wurde insbesondere dadurch, daß B. nicht viel mehr als die Hälfte der bedungenen Vergütung gezahlt hatte, den Rest dagegen hinterher nicht zahlen konnte, in seiner Rechtsbeständigkeit nicht betroffen. Leistete deshalb die Klägerin lediglich das, wozu sie vertragsmäßig verpflichtet war, so vollzog sich dadurch zwar in der Beschaffenheit ihres Vermögens eine Veränderung, sie erlitt aber nicht auch eine Vermögensverkleinerung. Denn die Leistung wurde durch die Schuldbefreiung ausgeglichen, während an der ihr gegen B. zustehenden Gegenforderung zu ihrem Nachteil eine auf ihre Leistung zurückzuführende Veränderung nicht eintrat. Eine Vermögensverminderung trat vielmehr durch die Leistung der Klägerin nur bei B. ein. Für ihn als den Forderungsberechtigten glich sich zwar der Empfang der Leistung mit der Tilgung seines Anspruchs gleichfalls aus. Allein der Gegenstand der Leistung gelangte nicht in das Vermögen des Leistungsempfängers und dieser blieb, soweit er nicht bereits Zahlung geleistet hatte, in der Schuld der Klägerin.

Unter diesen Umständen besteht ein Anspruch der Klägerin gegen den Beklagten J. auch nicht insoweit, als dieser durch die Verwendung des Baumaterials gemäß § 946 BGB. der Eigentümer von Sachen geworden ist, die vorher der Klägerin gehörten. Denn der Eigentumsübergang durch Verbindung hat gemäß § 951 Abs. 1 einen Anspruch auf Vergütung gegen denjenigen, zu dessen Gunsten die Rechtsänderung eintritt, nur unter der Voraussetzung zur Folge, daß er „nach den Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung" begründet ist. Damit knüpft das Gesetz den Anspruch an dieselben Bedingungen, die nach § 812 Abs. 1 für den Bereicherungsanspruch überhaupt bestehen, sodaß er ausgeschlossen ist, wenn der frühere Eigentümer die Verbindung der beweglichen Sache mit dem Grundstücke selbst hergestellt und dabei in Erfüllung einer ihm obliegenden Vertragspflicht gehandelt hat. Seine Besonderheit besteht nur darin, daß er unabhängig von der Voraussetzung des § 818 Abs. 2 stets auf Wertsersatz geht.

Ebenso verhält es sich mit dem Anspruche der Klägerin gegen die Beklagte W. & Co. Ihr gegenüber kommt eine Anwendung der §§ 946 und 951 BGB., da sie nicht Eigentümerin des Grundstücks war, nicht in Betracht. Standen ihr aber auf Grund des zwischen ihr und J. bestehenden Vertragsverhältnisses irgend welche Rechte zu, die sich auf das Grundstück bezogen und wurden diese Rechte durch die Verbesserung des Grundstücks ohne ein Anwachsen ihrer Verpflichtungen wertvoller, so scheitert immerhin auch ihr gegenüber der Bereicherungsanspruch daran, daß von den Kosten der Rechtsverbesserung nicht die Klägerin, sondern B. betroffen wurde. Was zu späterer Zeit mit dem Grundstücke geschah, ergab einen Anspruch aus der Bereicherung für die Klägerin selbst dann nicht, wenn die Behauptung richtig ist, wornach die von der Klägerin ausgeführten Arbeiten einen Mehrerlös des Grundstücks ermöglichten, der in die Tasche der Beklagten W. & Co. geflossen ist. Denn der den Mehrerlös erzielende Grundstückseigentümer oder sonstige Berechtigte, an dessen Stelle die genannte Beklagte den Mehrbetrag einnahm, war in keinem Falle die Klägerin. Es ging also auch insoweit die Bereicherung nicht auf ihre Kosten.

Die Revision kehrt bei der Begründung der Rüge, daß §§ 812 ff. BGB. durch Nichtanwendung verletzt seien, noch einen anderen rechtlichen Gesichtspunkt hervor. B. sei eine Zwischenperson gewesen, die in Geschäften der Beklagten tätig gewesen sei. Das, was auf seine Bestellung die Klägerin geleistet habe, sei den Beklagten zugute gekommen. Unter solchen Voraussetzungen habe die Rechtsprechung nach früherem Recht den Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung gegen den Geschäftsherrn zugelassen. Den jetzt geltenden Gesetzesvorschriften aber liege keinesfalls die Absicht zugrunde, unter die frühere Praxis herunterzugehen. Diesen Ausführungen konnte nicht beigetreten werden. War durch die Erfüllung einer Vertragspflicht ein an dem Vertrage nicht Beteiligter bereichert worden, so konnte sich allerdings nach gemeinem Recht für den

Leistenden neben dem Anspruche, der ihm gegen den anderen Vertragsteil auf die bedungene Gegenleistung erwuchs, eine actio adjectitiae qualitatis gegen den Bereicherungsempfänger aus der Bereicherung ergeben. Dies in dem Falle, wenn der Besteller zwar im eigenen Namen, aber im Interesse des Bereicherten als dessen Geschäftsführer gehandelt hatte. Das rechtsgeschäftliche Handeln der Mittelsperson in eigenem Namen bildete also gerade eine notwendige Voraussetzung der gemeinrechtlichen Versionsklage gegen den bereicherten Geschäftsherrn.

Wenn sich nun die Behauptungen der Klägerin so verstehen ließen, daß B. in verdeckter Stellvertretung der Beklagten und in deren Interesse gehandelt habe, so würde das zu einer der Klägerin günstigen Entscheidung gleichwohl nicht führen. Denn das BGB. hat die Versionsklage des gemeinen Rechts nicht beibehalten. Es kennt nur den Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung, dessen unerläßliche Voraussetzung die Erlangung des Vorteils auf Kosten des Forderungsberechtigten bildet. Die Erfüllung einer zu Recht bestehenden Verbindlichkeit hat aber die Entstehung eines derartigen Anspruchs in der Person des leistenden Schuldners nicht zur Folge, da sie für ihn vermöge des Ausgleichs zwischen Leistung und Schuldbefreiung keine Minderung des Vermögens mit sich bringt. Um den besonderen Fall des § 812 Abs. 2 BGB. handelt es sich hier nicht. Daß bei den Vorarbeiten für das BGB. mit voller Absicht einem Uebergange der Versionsklage in das neue Recht durch die Gesetzesfassung vorgebeugt werden sollte, läßt sich aus den Darlegungen ersehen, die in dem mit „Versionsklage, Klage aus nützlicher Verwendung" überschriebenen Abschnitte der Motive zur 1. Lesung enthalten sind (Bd. 2 S. 871, vgl. ebenda S. 830 und Bd. 4 S. 730). Die gesetzgeberischen Gründe, weshalb ein solcher von den Voraussetzungen des Kondiktionenrechtes unabhängiger Anspruch keine Aufnahme in das Gesetzbuch finden sollte, sind daselbst eingehend entwickelt. Die Absicht, hiervon abzuweichen und neben der Vertragsklage gegen einen Geschäftsführer, der zwar in offener oder verdeckter Stellvertretung, aber im eigenen Namen handelt, eine Nebenklage aus der Bereicherung gegen den Geschäftsherrn zuzulassen, ist beim Fortschreiten des Gesetzgebungswerkes niemals hervorgetreten. (Urt. des IV. ZS. vom 6. Mai 1907, IV 421/06). — — — n.

1018

Oberstes Landesgericht.

Zivilsachen.

I.

Belastung von Teilen eines Grundstücks. Vorläufige Einschreibung im Hypothekenbuche. Bedeutung der Buchstaben neben einer Plannummer. (HypG. § 106; § 379 Abs. 2 der DA. f. GBAe. r. d. Rh.; FMB. v. 24. Okt. 1901). Der Grundbesitz des Handelsmanns Isaak R. in O. ist im Hypothekenbuche beschrieben:

Pl.-Nr. 198a Wohnhaus mit Stall und Keller nebst Hofraum, Gebäude, Hausnummer 30 zu 0,020 ha.

Pl.-Nr. 198b Gärtchen zu 0,007 ha.

Mit notariell beurkundetem Vertrag vom 19. April 1907 bestellte Isaak R. seiner Schwester Hannchen R. für ihre Lebenszeit ein dingliches Wohnungs- und Benutzungsrecht an dem Anwesen Hausnummer 30 in O. Pl.-Nr. 198a zu 0,020 ha Wohnhaus mit Stall und Keller nebst Hofraum. Die Plannummer 198b ist in der Urkunde nicht erwähnt. Das Hypothekenamt lehnte die Eintragung der Dienstbarkeit ab, weil die Plannummer 198a nicht ein selbständiges Grundstück, sondern ein Grundstücksteil sei und deshalb mit einer Dienstbarkeit nicht belastet werden könne. Isaak und Hannchen R. legten Beschwerde ein mit dem Antrage, das Hypothekenamt anzuweisen, die Dienstbarkeit einzutragen oder doch vorzumerken, und bezogen sich auf § 379 Abs. 2 der DA. f. d. GBAe. r. d. Rh. Das Landgericht hat die Beschwerde zurückgewiesen. Auf weitere Beschwerde der Geschwister R. hat das Oberste Landesgericht am 24. Juli 1907 die Entscheidungen der Vorinstanzen insoweit aufgehoben, als die vorläufige Einschreibung der Dienstbarkeit abgelehnt ist, und insoweit das Hypothekenamt angewiesen, anderweit zu verfügen, im übrigen aber die weitere Beschwerde zurückgewiesen.

Aus den Gründen: Das Beschwerdegericht hat dem Inhalte der notariellen Urkunde und den Ausführungen in der Beschwerdeschrift ohne Rechtsirrtum entnommen, daß nach dem Willen der Vertragsteile die persönliche Dienstbarkeit nur den mit Plannummer 198a bezeichneten Teil des im Hypothekenbuche beschriebenen Grundbesitzes des Isaak R. belasten soll. Es nimmt zutreffend an, daß nach den gemäß Art. 189 d. EG. z. BGB. maßgebenden bisherigen Gesetzen, hier dem gemeinen Rechte, die Belastung eines Grundstücksteils mit einer Dienstbarkeit nicht zulässig ist, weil die Teile einer einfachen d. h. nicht zusammengesetzten Sache nicht Gegenstand besonderer Rechte sein können. Der in der Beschwerdeschrift unternommene Versuch, die gegenteilige Anschauung durch den Hinweis auf § 379 Abs. 2 der DA. f. d. GBAe. r. d. Rh. zu begründen, ist verfehlt, weil diese Vorschrift nicht die Anwendung des bisherigen Rechtes, sondern die des Liegenschaftsrechts des BGB. und der GBO. betrifft. Die angefochtene Entscheidung gibt jedoch zu rechtlichen Bedenken insofern Anlaß, als angenommen ist, daß eine Trennung der belasteten Fläche von der neben ihr im Hypothekenbuch eingetragenen Bodenfläche nicht stattgefunden habe.

Grundstücke sind abgegrenzte Teile der in einem unlösbaren natürlichen Zusammenhange stehenden Erdoberfläche; ihre Abgrenzung, Teilung und Vereinigung erfolgt durch die Willenserklärung des Berechtigten, deren privatrechtliche Wirksamkeit nach den bisherigen Gesetzen von einer amtlichen Feststellung und der Eintragung in öffentliche Verzeichnisse und von der Beobachtung einer bestimmten Form nicht abhängig ist; die Kundgebung des Willens, eine Fläche abzugrenzen und ihr damit die Eigenschaft einer einheitlichen Sache, eines Grundstücks, zu verleihen, kann daher auch ohne ausdrückliche Erklärung durch Handlungen geschehen, die das Vorhandensein dieses Willens zur erkennbaren äußeren Erscheinung bringen. Isaak R. hat in der Vertragsurkunde die Fläche Plannummer 198a allein und ohne jede Andeutung einer Teileigenschaft gleich einem selbständigen Grundstücke angeführt, er hat überdies durch die Bestellung der Dienstbarkeit, die an dem Teile eines Grundstücks nicht begründet werden konnte, über die Fläche wie über ein Grundstück verfügt und den Willen, daß sie als ein Ganzes gelten solle, bestätigt. Damit hat er seinem Willen, den Gegenstand der Belastung für jeden Fall, auch wenn er bis dahin ein selbständiges Grundstück nicht gebildet haben sollte, als solches von seinem sonstigen Grundbesitze auszuscheiden, einen klaren Ausdruck gegeben. Die Annahme des LG. kann daher nicht gebilligt werden. Sie beruht anscheinend auf der irrtümlichen Anschauung, daß eine ausdrückliche Erklärung erfordert werde. Trotzdem ist die Entscheidung des Beschwerdegerichts insoweit aufrechtzuhalten, als die endgültige Einschreibung der Dienstbarkeit in das Hypothekenbuch abgelehnt ist. Die Einschreibung ist allerdings nicht zur Begründung des Rechts, die nach den bisherigen Gesetzen durch notariell beurkundeten Vertrag erfolgen konnte, sondern nach § 22 Nr. 5 und §§ 25 und 26 HypG. zum Schutze des durch die Belastung des Grundstücks mit der Dienstbarkeit geschaffenen Rechtszustandes gegenüber den Wirkungen des öffentlichen Glaubens des Hypothekenbuchs geboten. Sie muß jedoch auf dem für das Grundstück, das sie belastet, bestehenden



Blatte erfolgen und setzt deshalb voraus, daß das Grundstück in das Hypothekenbuch eingetragen ist oder gleichzeitig mit der Dienstbarkeit eingetragen wird. Die Beifügung von Buchstaben zu einer Plannummer bedeutet nach dem schon bei der ersten Anlegung des Grundsteuerkatasters eingehaltenen Verfahren nicht das Vorhandensein mehrerer Grundstückseinheiten, sondern die Verschiedenheit der Bebauung oder Bodengüte der Teile eines und desselben Grundstücks (Henle-Dandl, Anlegung des Grundbuchs § 12 I 1b). Die FMB. vom 24. Oktober 1901 (JMBl. 1901 S. 642) erteilt nicht, wie die Beschwerdeführer behaupten, neue Vorschriften für die künftige Art der Bezeichnung, sondern bringt, wie § 171 d. DA. f. d. GBAe. r. d. Rh., die Bedeutung der Buchstabenbezeichnung als eine schon feststehende in Erinnerung und sucht durch beigefügte Vorschriften einer unrichtigen Behandlung für die Zukunft vorzubeugen und die vorgekommenen Unregelmäßigkeiten allmählich zu beseitigen. Die im Hypothekenbuch als Plannummer 198a eingetragene Bodenfläche ist demnach nicht als ein Grundstück, sondern als Teil eines Grundstücks bezeichnet, das Grundstück, an welchem die Dienstbarkeit bestellt wurde, ist nicht eingetragen. Die endgültige Einschreibung der Dienstbarkeit als eines an dem Grundstücksteile Plannummer 198a bestehenden Rechtes könnte als die Bekundung eines nach dem Gesetze unmöglichen Rechtszustandes verstanden werden und würde für jeden Fall in sich widerspruchsvoll sein. Die endgültige Einschreibung ist deshalb unzulässig, solange nicht die Trennung der beiden Grundstücksteile im Hypothekenbuch ersichtlich gemacht ist. Die weitere Beschwerde mußte daher insoweit zurückgewiesen werden. Das der endgültigen Eintragung entgegenstehende Hindernis berührt die Wirksamkeit des dinglichen Rechtsgeschäftes nicht und ist voraussichtlich zu beseitigen. Dem in den Entscheidungen der Vorinstanzen gewürdigten Tatbestand ist ein Grund nicht zu entnehmen, welcher die Ablehnung der nach § 106 HypG. von Amts wegen in Erwägung zu ziehenden und überdies in der Beschwerdeinstanz ausdrücklich beantragten vorläufigen Einschreibung der Dienstbarkeit in der Gestalt einer Protestation gemäß den §§ 27 und 28 HypG. rechtfertigen könnte. (Beschluß des Ferien-ZS. vom 24. Juli 1907, Reg. III. 48/1907).

1019 W.

II.

Für die Vermächtnisforderung gilt die für den Pflichtteilsanspruch bestimmte Beschränkung der Pfändbarkeit auch dann nicht, wenn die Forderung die dem Betrage des Pflichtteils entsprechende Geldsumme zum Gegenstande hat (ZPO. § 852 Abs. 1, BGB. § 2307). Die Eheleute Paul und Marie M. in P. haben in notarieller Urkunde einen Ehe- und Erbvertrag geschlossen. Sie haben sich gegenseitig als Alleinerben eingesetzt und dem überlebenden Teile die Pflicht auferlegt, den Kindern „als Vermächtnisnehmern" die dem gesetzlichen Pflichtteile gleichkommende Summe in Geld auszuzeigen. Am 19. Februar 1904 starb Marie M. mit Hinterlassung des Mannes und von sechs gemeinschaftlichen Kindern. Der älteste Sohn Johann M. hat mit der Näherin Katharine B. unehelich einen Knaben erzeugt. Johann M. hat für das Kind monatlich 15 Mk. zu leisten. Auf Antrag des Vormundes ist vom Amtsgericht R. für die dem Mündel zustehende Unterhaltsforderung der Anspruch gepfändet und zur Einziehung überwiesen worden, der dem Johann M. „gegen seinen Vater Paul M. auf Zahlung eines Pflichtteiles aus dem Nachlasse der Mutter zustehen soll". Ueber die Höhe des dem Johann M. gebührenden Betrags ist zwischen dem Vormund und Paul M. Streit entstanden. Der Vormund stellte deshalb an das Nachlaßgericht den Antrag, dem Paul M. als Erben der Marie M. eine Inventarfrist zu bestimmen. Das Nachlaßgericht hat dem Antrage stattgegeben. Die Beschwerde des Paul M. wurde zurückgewiesen. In den Gründen wird ausgeführt, wenn auch der Pflichtteilsanspruch des Johann M. noch nicht anerkannt oder rechtshängig geworden sei, so sei doch durch den unangefochten gebliebenen Pfändungsbeschluß das Gläubigerrecht des Mündels glaubhaft gemacht. Dies genüge nach § 1994 Abs. 2 BGB für die Fristbestimmung; darauf, ob die Forderung zu Recht besteht, komme es nicht an. Die weitere Beschwerde des Paul M. ist aus folgenden Gründen zurückgewiesen worden: Die Erörterungen über die Pfändbarkeit des Pflichtteilsanspruchs sind gegenstandslos, weil in dem Erbvertrage dem Johann M. die dem Pflichtteile gleichkommende Summe als Vermächtnis zugewendet ist. Nach § 2307 Abs. 1 BGB. kann der Pflichtteilsberechtigte, wenn er mit einem Vermächtnisse bedacht ist, dessen Wert dem Pflichtteile gleichkommt, den Pflichtteil nur verlangen, wenn er das Vermächtnis ausschlägt. Da Johann M. das Vermächtnis nicht ausgeschlagen hat, steht ihm der Pflichtteilsanspruch nicht zu, dessen Pfändbarkeit nach § 852 Abs. 1 ZPO. beschränkt ist. Die Vermächtnisforderung ist der Pfändung unterworfen unbeschadet des Rechtes des Vermächtnisnehmers, das Vermächtnis nach § 2176 BGB. auszuschlagen. Die im § 852 Abs. 1 ZPO. für den Pflichtteilsanspruch bestimmte Beschränkung der Pfändbarkeit gilt für die Vermächtnisforderung nicht, auch wenn sie die dem Betrage des Pflichtteils entsprechende Geldsumme zum Gegenstande hat. Der Pfändungsbeschluß betrifft nicht bloß den dem Schuldner etwa zustehenden Pflichtteilsanspruch im Sinne des § 2317 BGB., sondern jede auf Zahlung des Betrags des Pflichtteils gerichtete Forderung des Schuldners gegen den Erben. Da hiernach dem Mündel ein Pfandrecht an der Vermächtnisforderung des Johann M. zusteht, ist der Vormund berechtigt, gemäß § 1994 BGB. die Bestimmung einer Inventarfrist zu beantragen. (Beschl. des I. ZS. vom 14. Juni 1907, Reg. III/1907).

991 W.

III.

Die Erklärung eines Hypothekgläubigers, zugunsten einer künftigen, beliebig hohen Schuld des Eigentümers im Range auszuweichen, eignet sich nicht zur Eintragung im Hypothekenbuch oder im Grundbuche, kann aber die Ermächtigung des Eigentümers enthalten, namens des Gläubigers die Eintragung der Rangänderung für die Hypothekforderung des neuen Gläubigers zu bewilligen (HypG. §§ 150, 107; BGB. §§ 881, 873, 877; GBO. §§ 19, 28). Josepha D. in M. hat in notarieller Urkunde vom 15. Oktober 1889 ihrer Schwester Maria B. für eine Kaufpreisrestforderung von 24000 Mk. Hypothek 2. Ranges hinter einer Darlehenshypothek einer Bank in M. zu 43000 Mk. an einem Anwesen in M. bestellt. In der Urkunde wurde bestimmt, daß die Gläubigerin „schon jetzt" beliebig hohen und nach beliebigen Bestimmungen zu tilgenden Bankdarlehen, die Frau D. aufnehmen werde, im Range ausweiche, und beantragt, die Rangausweichung in das Hypothekenbuch einzutragen. Die Hypothek und die Rangausweichung sind eingetragen worden. Der Betrag der 1. Hypothek ist auf Grund der Rangausweichung nach und nach auf 300000 Mk. erhöht worden. Nachdem von diesem Betrage 10000 Mk. getilgt worden sind, hat Frau D. in notarieller Urkunde vom 22. Mai 1907 die Löschung des getilgten Betrags beantragt, sich neuen Verzinsungs- und Zahlungsbestimmungen unterworfen und deren Eintragung auf dem angeführten Grundbuchblatte bewilligt. Dabei bemerkte sie, die Zustimmung der Gläubigerin Marie B. erachte sie mit Rücksicht auf die eingetragene Rangausweichung für entbehrlich. Der Vorstand der Bank hat sich in öffentlich beglaubigter Urkunde mit den Eintragungen einverstanden erklärt. Das Grundbuchamt hat die bean-

tragten Eintragungen abgelehnt, weil zur Eintragung der neuen Bestimmungen über die Nebenleistungen die Zustimmung der Gläubigerin Marie B. erforderlich sei. Die Beschwerde der Frau D. wurde zurückgewiesen. Das Beschwerdegericht erachtete die in der Urkunde vom 15. Oktober 1889 enthaltene Erklärung der Gläubigerin Marie B. für ungenügend, weil die ganz allgemein gefaßte Eintragungsbewilligung den Vorschriften des § 880 BGB. und der §§ 19, 28 GBO. nicht entspreche. Auf die weitere Beschwerde der Frau D. hat das Oberste Landesgericht die Entscheidungen der Vorinstanzen aufgehoben und das Grundbuchamt angewiesen anderweit zu verfügen.

Aus den Gründen: Die Erklärung vom 15. Oktober 1889 will der Eigentümerin des belasteten Anwesens die Bestellung von Hypotheken für Darlehen einer Bank ohne Zustimmung der Gläubigerin der 2. Hypothek ermöglichen. Dieser Zweck ließ sich unter der Herrschaft des früheren Rechtes durch die Vereinbarung eines Rangvorbehalts für die Eigentümerin nicht verwirklichen, weil der sachlich mit dem § 881 Abs. 1 BGB. übereinstimmende § 150 HypG. die Eintragung eines Rangvorbehalts in das Hypothekenbuch nur für eine Hypothek bestimmten Betrags gestattete. Die Gläubigerin konnte nicht durch einseitige Erklärung bewirken, daß die von der Eigentümerin für Darlehen von Banken bestellten Hypotheken den Rang vor ihrer Hypothek erhielten, die von ihr bewilligte Rangänderung eignete sich auch nicht zur Eintragung in das Hypothekenbuch. Nach dem mit dem § 19 GBO. übereinstimmenden § 107 HypG. erfolgte zwar die Eintragung auf die Bewilligung desjenigen, dessen Recht durch sie betroffen wurde, die Bewilligung mußte aber solchen Inhalt haben, daß sie — die Annahme seitens desjenigen, der durch sie erwerben sollte, vorausgesetzt — das einzutragende Recht zu begründen vermochte. Solang nicht feststand, welche Bank den Vorrang erhalten sollte, war die beabsichtigte Rangänderung nicht möglich und darum die Eintragung nicht statthaft. Die in dem Beschlusse vom 17. Dezember 1891 (Aeltere Samml. Bd. 13 S. 632) angenommene gegenteilige Ansicht, auf der übrigens die getroffene Entscheidung nicht beruht, kann nicht aufrecht erhalten werden. Die Erklärung vom 15. Oktober 1889 ist nicht ein fertiges Rechtsgeschäft, sondern ein Vertragsantrag. Diesen Antrag hat die Gläubigerin der Eigentümerin mit der Ermächtigung hingegeben, ihn bei der Bestellung einer Hypothek für eine Bank, die ein Darlehen gewährt, dieser zu übermitteln und deren Annahmeerklärung in ihrem Namen entgegenzunehmen. In solcher Weise konnte durch Vermittelung der Eigentümerin die Einigung über die Rangänderung zwischen der zurücktretenden Gläubigerin und der von der Eigentümerin gewählten Bank zustande kommen. Die Eigentümerin mußte trotz der von der Gläubigerin selbst in der Urkunde vom 15. Oktober 1889 erklärten Eintragungsbewilligung auch als ermächtigt angesehen werden, die Eintragung der Rangänderung für die von ihr gewählte Bank zu bewilligen. Denn sie sollte alles tun können, was erforderlich war, um der Bank die von den Vertragschließenden gewollte rechtliche Stellung zu verschaffen, und dazu gehörte, wenn die von der Eigentümerin erklärte Eintragungsbewilligung unwirksam war, eine wirksame Eintragungsbewilligung. Durch das Inkrafttreten des Grundbuchrechts ist hieran nichts geändert worden. Die Beschwerdeführerin kann auch jetzt in der angegebenen Weise die Einigung zwischen der Gläubigerin der 2. Hypothek und der von ihr gewählten Bank vermitteln und die Eintragung der Rangänderung bewilligen. Ihre Eintragungsbewilligung muß der Vorschrift des § 28 GBO. entsprechen, für die Erklärung der Gläubigerin kommt diese Vorschrift nach den §§ 873, 877 BGB. nicht in Betracht. (Beschluß des I. ZS. vom 10. Juli 1907, Reg. III 42/1907). W.

1007

IV.

Auch das der Mutter eines unehelichen Kindes nach §§ 1707 und 1631 zustehende Recht kann nur nach § 1666 BGB. beschränkt werden. Rosa G., geb. 1893, uneheliches Kind der Landwirtsfrau Margarete Sch. in O., ist von ihrem Vormunde, dem mütterlichen Großvater Leonhard G. in U., ab 24. Januar 1907 auf ein Jahr als Dienstmagd an Gottfried U. in U. verdungen worden. Am 20. Februar 1907 hat die Mutter beim Vormundschaftsgericht beantragt, anzuordnen, daß das ohne ihr Wissen eingegangene Dienstverhältnis gelöst und das Kind ihr zurückgegeben werde. Der Antrag wurde zurückgewiesen, weil kein vertragsrechtlicher Grund zu sofortiger Aufhebung des Dienstverhältnisses bestehe und es für das geistige und leibliche Wohl des Mündels vorteilhafter sei, in dem Dienstverhältnisse zu bleiben; die Tochter sei der Mutter entfremdet und die Mutter wolle sie nur bei sich haben, um einen Dienstboten zu ersparen. Auf die Beschwerde der Mutter hat das Landgericht A. Margarete Sch. für befugt erklärt, ihre Tochter zu sich zu nehmen. Es erwog, daß das Recht der Mutter zur Sorge für die Person des Kindes und seines Aufenthalts nur beschränkt werden könne, wenn das geistige oder das leibliche Wohl der Tochter dadurch gefährdet wird, daß die Mutter das Recht mißbraucht, das Kind vernachlässigt, oder sich eines ehrlosen oder unsittlichen Lebenswandels schuldig macht. Keine dieser Voraussetzungen liege vor. Das Oberste Landesgericht hat die weitere Beschwerde des Vormundes aus nachstehenden Gründen zurückgewiesen: Das nach § 1707 BGB. auch der unehelichen Mutter zustehende Recht der Sorge für die Person des Kindes, das nach § 1631 das Recht umfaßt, das Kind zu erziehen, zu beaufsichtigen und seinen Aufenthalt zu bestimmen, kann nur nach § 1666 beschränkt werden, es genügt nicht, daß es für das Kind vorteilhafter sein würde, in einem von ihm selbst gewählten oder vom Vormunde vereinbarten Dienstverhältnisse zu bleiben. Wird durch die Ausübung des Rechtes der Mutter die Erfüllung des Dienstvertrags verhindert, so bleibt es dem Dienstberechtigten überlassen, seine Ansprüche im Rechtswege geltend zu machen. Durch diese Entscheidung wird das Vormundschaftsgericht selbstverständlich nicht gehindert, nach § 1666 BGB. gegen die Mutter einzuschreiten, wenn das geistige oder leibliche Wohl des Kindes durch sie gefährdet wird. (Beschluß des I. ZS. vom 24. Mai 1907, Reg. III 31/1907). W.

987

V.

Einrede der Verjährung gegenüber dem Antrag eines Notars auf Festsetzung seiner Gebühren und Auslagen (AG. z. BGB. Art. 124—127; NotG. von 1899 Art. 49, 50). Nach einer von dem Notar M. in D. am 19. Oktober 1904 errichteten Urkunde verkauften der Kaufmann Friedrich B. und dessen Frau Auguste B. in D. an die Wirtin Christine H. ein Haus. Der Notar beantragte am 29. April 1907, seine Gebühren und Auslagen gegen Christine H. und Auguste B., die Witwe des inzwischen gestorbenen Friedrich B., festzusetzen. Das LG. setzte sie auf den beanspruchten Betrag fest. Frau B. legte Beschwerde ein, weil weder sie noch ihr verstorbener Mann eine Aufforderung zur Zahlung erhalten, eine Abschlagzahlung geleistet oder den Anspruch anerkannt hätten, dieser also ihr gegenüber verjährt sei. Das ObLG. hat der Beschwerde stattgegeben und die Entscheidung des LG. dahin geändert, daß der Beschwerdeführerin gegenüber der Antrag des Notars zurückzuweisen sei.

Aus den Gründen: In dem Kostenfestsetzungsverfahren nach Art. 50 bis 52, 57 bis 62 NotG. ist darüber zu entscheiden, ob der öffentlichrechtliche Anspruch des Notars auf Gebühren und Auslagen begründet ist, zunächst also darüber, ob der Anspruch

überhaupt entstanden ist. Ob das der Fall ist, kann dahingestellt bleiben, weil die Schuldnerin dem Anspruche des Notars mit Recht die Einrede der Verjährung entgegengesetzt hat. Die Verjährung gehört nicht bloß dem bürgerlichen, sondern auch dem öffentlichen Rechte an (Art. 124 bis 127 AG. z. BGB.). Die Einrede der Verjährung muß daher auch in dem durch das NotG. geregelten Kostenfestsetzungsverfahren berücksichtigt werden. Nach § 196 Abs. 1 Nr. 15 und § 201 BGB. ist der Anspruch des Notars seit dem Schlusse des Jahres 1906 verjährt, denn er hat keine Tatsache behauptet, aus der hervorginge, daß die Verjährung gehemmt oder unterbrochen worden ist. Er hat behauptet, die Beschwerdeführerin habe vor einigen Wochen durch das Ersuchen, zunächst die Mitschuldnerin um Zahlung anzugehen, wenn nicht ein Schuldanerkenntnis im Sinne des § 222 Abs. 2 BGB. erteilt, so doch auf die Geltendmachung der Verjährung verzichtet. Allein hierüber kann nicht in dem durch den Antrag auf Festsetzung der Gebühren und Auslagen anhängig gewordenen Verfahren entschieden werden. Der Anspruch, den der Notar aus jenem Gesichtspunkte geltend machen will, ist nicht der im Art. 49 NotG. bezeichnete öffentlichrechtliche Anspruch, sondern würde auf einem selbständigen, dem bürgerlichen Rechte angehörenden Grunde beruhen. Er müßte daher auf dem Rechtswege geltend gemacht werden. Die Vorschrift im Art. 50 Abs. 1 Satz 3 NotG. würde dem nicht entgegenstehen, weil sie nur den öffentlichrechtlichen Anspruch betreffen kann. (Beschl. des II. ZS. vom 3. Juni 1907, Reg. VI 4/1907). W.

988

Oberlandesgericht München.

Unzulässigkeit selbständiger Pfändung des Anspruchs auf Herausgabe eines Sparkassebuchs; Streitwert der Abweisung. Die Firma E. Str. beantragte zur Beitreibung eines vollstreckungsreifen Guthabens von 120 Mk. Pfändung und Ueberweisung zur Einziehung hinsichtlich eines den Schuldnern A. angeblich gegen den Bäcker M. zustehenden Anspruchs auf Herausgabe eines Sparbuchs; zugleich wurde Anordnung nach § 847 ZPO. (Herausgabe an einen Gerichtsvollzieher) erbeten und beigefügt, M. habe das Sparbuch ohne Rechtsgrund in Händen und letzteres besitze einen selbständigen Vermögenswert, da die Sparkasse solche Bücher nicht unentgeltlich abgebe. Das Amtsgericht wies den Antrag ab, weil ein Sparbuch nicht Gegenstand eines selbständigen Pfandrechts und Eigentumserwerbs sein könne, sondern dem Schicksal der Einlageforderung folge (§ 592 BGB.); da das Verfahren aus § 847 ZPO. aber nur zur Vorbereitung der Entstehung solcher Rechte diene, sei es ebenfalls unzulässig. Zur Ermöglichung eines bloßen Zurückbehaltungsrechts ohne Verkaufsbefugnis sei das Vollstreckungsverfahren nicht bestimmt. Die sofortige Beschwerde wurde zurückgewiesen. Nunmehr beantragte die Gläubigerin Festsetzung des Streitwerts auf 20 Pf., weil nicht die Pfändung der Einlageforderung, sondern nur die des Sparbuchs als solchen beantragt gewesen sei, dieses aber um 20 Pf. zu erhalten sei. Das Amtsgericht setzte den Streitwert auf 120—200 Mk. fest, weil es der Gläubigerin offenbar nur um Einziehung der Spareinlage zu tun gewesen sei, wenn sie auch aus Rechtsirrtum den falschen Weg eingeschlagen habe, ein Pfandobjekt im Wert von 20 Pf. aber schon der Kosten halber nicht selbständig angegriffen hätte. Daß der eingeschlagene Weg aber unrichtig war, beeinträchtige den nach dem Interesse des Gläubigers zu schätzenden Streitwert nicht. Die Beschwerde, in der u. a. bemerkt war, Gläubigerin und Schuldner hätten sich auf die versuchte Anspruchspfändung geeinigt, um dann die Spareinlage abzuheben, blieb erfolglos. Gleichzeitig setzte auch das Landgericht den Beschwerdewert und zwar auf 90 Mk. fest, weil sich inzwischen ergeben hatte, daß die Einlage nicht mehr betrug. Auch die Beschwerde gegen diesen landgerichtlichen Beschluß blieb erfolglos.

Aus den Gründen: Für den Streitwert eines Pfändungsantrags ist nach § 6 ZPO. der Betrag der zu sichernden Forderung oder der Wert des Pfands, sofern letzterer geringer, maßgebend. Der Wert des Herausgabeanspruchs fällt nicht mit dem Wert des Sparbuchs selbst zusammen, sondern bestimmt sich nach dem Interesse des Gläubigers an dessen Besitz, um mittelst der Legitimation durch das Buch die Spareinlage erheben zu können (§ 3 ZPO.; JW. 1902 S. 358). Da nun nach dem eigenen Beschwerdevorbringen durch die Anspruchspfändung die Erhebung von 90 Mk. behufs Befriedigung der Gläubigerin ermöglicht werden sollte, ist das Interesse der Gläubigerin mit diesen 90 Mk. identisch, die hinter der Höhe der pfandweise zu sichernden Forderung zurückbleiben. (Beschl. vom 6. Juni 1907; BeschwR. Nr. 352/07 IV). N.

979

Landgericht München I.

I.

Haftung des Bayerischen Staats für Schiffsunfälle auf dem Ludwigskanal. Am 23. April 1903 ging das Schiff „Alfons" bei der Neuessinger Brücke unter. Der Schiffseigner H. machte gegen das Kanalärar eine Forderung von 1275 Mk. für die verlorene Ladung (Zement und Kies), ferner für den Frachtentgang, die Auslage für Hebung, Bergung und Reparatur des Schiffes, endlich die Verdiensteinbuße während dieser Arbeiten geltend, mit der Begründung, die Kanalverwaltung habe fahrlässigerweise nicht für genügenden Wasserstand und für Beseitigung der großen Steine bei der Schellnecker Brücke gesorgt, dadurch das Auffahren des Schiffes „Alfons" mit der Folge eines Lecks und damit den Untergang verschuldet. Das Kanalärar bestritt ein Verschulden und führte das Sinken des „Alfons" auf dessen Alter und Ueberlastung sowie auf einen vom Kläger als Schiffslenker selbst verschuldeten Anstoß gegen eine Schleusenmauer zurück. Das Landgericht erachtete auf Grund der Beweisaufnahme sowohl ein Verschulden des Aerars wie des Klägers gegeben und erklärte die Klage hinsichtlich der Hälfte der erhobenen Ansprüche dem Grunde nach für gerechtfertigt.

Aus der Begründung: Die beklagte Partei hält auf dem Ludwigskanal einen Verkehr offen und erhebt hierfür Gebühren; sie ist daher verpflichtet, für Beseitigung von Schiffahrtshindernissen Sorge zu tragen und haftet nach Art eines Vertragsgegners gemäß § 278 BGB. für Arglist und Fahrlässigkeit ihrer Bediensteten bei Ausübung dieser Pflicht. Das Gericht trägt kein Bedenken, die sonst von den Obergerichten auf die Eröffnung eines allgemeinen Verkehrs angewendeten Rechtsgrundsätze auch auf die Rechtsverhältnisse zwischen dem Kanalärar und den Schiffern zugrunde zu legen. Hierbei muß der Kanalbetrieb ebenso der Privatrechtssphäre zugerechnet werden, wie der Eisenbahn-, Post- und Telegraphenbetrieb. Die Normen des Art. 77 EG. z. BGB. mit Art. 60 AG. z. BGB. scheiden also aus und es kommen lediglich die Normen des BGB. zur Anwendung, soweit nicht die Kanalordnung vom 9. Jan. 1842 (RegBl. S. 161, 239) eingreift (folgen tatsächliche Ausführungen). Bedenken hinsichtlich der Prüfung der einzelnen Klageposten dem Grunde nach (RGZ. 58, 232) können lediglich bei dem Ersatz für die Ladung in dem Falle bestehen, daß sie nicht dem Kläger selbst zu Eigentum gehört haben sollte, sondern einem Dritten. Denn soweit der Kläger am Untergang des Schiffes schuldlos ist, würde er dem Dritteigentümer nicht ersatzpflichtig sein, also insoweit keinen Schaden erlitten haben (BinnenSchG. §§ 26 ff., HGB. § 431), soweit man nicht etwa das

Kanalärar als einen vom Kläger benutzten Transportgehilfen (HGB. § 431) ansieht, welchenfalls allerdings der Kläger dem Dritten haften und nur seinen Regreß an das Aerar haben würde. Das Gericht hat die Entscheidung dieses Punkts für entbehrlich erachtet, weil es die Klage dahin versteht, daß der Kläger selbst Eigentümer der verlorenen Ladung gewesen ist. (Urt. vom 19. Dez. 1906; A 3621/03). N.

933

II.

Umfang der Revisionskosten. In einer bayerischen Haftpflichtsache wurde die Revision des beklagten Eisenbahnfiskus vom Reichsgerichte verworfen. Neben den Kosten des Leipziger Pflichtanwalts des Klägers beanspruchte dessen Münchener Anwalt 1. und 2. Instanz auf grund der Kostenauflage des Revisionsgerichts (die Kosten 1. und 2. Instanz waren nach § 304 ZPO. dem Schlußurteil vorbehalten) die Festsetzung von 22 Mk. 80 Pf. als 3/10 Gebühr für Stellung des Armenrechtsgesuchs zum Reichsgericht sowie die Kosten seiner erfolglosen Vergleichsunterhandlungen (Porti und Schreibgebühren) während der Anhängigkeit des Revisionsverfahrens. Das Landgericht setzte diese Kosten mit folgender Begründung fest: Ausnahmsweise war auch für das an sich dem Anwaltszwange nicht unterliegende Armenrechtsgesuch hier anwaltschaftliche Vertretung sachgemäß und es sind die dadurch entstandenen besonderen Kosten erstattbar; denn die in den Unterinstanzen übliche Gesuchstellung durch den späteren Prozeßbevollmächtigten des Beklagten war hier angesichts des eigenartigen Revisionsverfahrens gegen bayerische Urteile nicht tunlich und der Kläger wohnt überdies auch nicht an einem Amtsgerichtssitz. Die beanspruchten Unterhandlungsauslagen können immerhin als Bestandteil der Revisionskosten erachtet werden, da die allerdings den Betrag miterörternde Korrespondenz auch zur vergleichsweisen Erledigung der Revision gegen das Zwischenurteil führen sollte. Mangels Zuweisung des Münchener Anwalts als Pflichtanwalts für die Revisionsinstanz vor dem Obersten Landesgericht oder Reichsgericht konnte aber die Festsetzung nur auf den Namen des Klägers selbst erfolgen. (Beschl. v. 16. April 1907; A. 1773/03). N.

978

Literatur.

Kaisenberg, Heinrich, weil. K. Justizrat und Notar in München u. **Dr. Wilhelm Dennler,** K. Notar in Lauf. Kommentar zum bayerischen Notariatsgesetze vom 9. Juni 1899. München 1907. J. Schweitzer Verlag (Arthur Sellier). In Halbfranz geb. 13 Mk.

Dem bayerischen Notariatsgesetze von 1899 kommt zwar in materiellrechtlicher Beziehung nicht die gleiche Bedeutung zu wie seinem Vorgänger vom Jahre 1861. Gleichwohl ist es ein Gesetz von großer Wichtigkeit für unser ganzes Rechtsleben und das Fehlen eines umfassenden Kommentars zu dem Gesetze bedeutete eine fühlbare Lücke in unserer juristischen Literatur. Diese Lücke füllt aufs beste aus der jetzt vollendet vorliegende Kommentar. Er rührt zum größeren Teile noch von dem um das bayerische Notariat hochverdienten Justizrate Kaisenberg her. Nach seinem Tode hat Dr. Dennler es übernommen das Werk Kaisenbergs in dessen Sinn fortzuführen. Bei der Kommentierung des Gesetzes handelte es sich nicht bloß darum seine Bestimmungen auszulegen, sondern es galt vor allem auch klarzulegen, wie sie sich in das große Gebäude unseres neuen bürgerlichen Rechtes, vor allem in dessen reichsrechtliche Bestimmungen einfügen und außerdem im Zusammenhange mit der Erörterung der einzelnen Paragraphen zu zeigen, wie sich deren praktische Anwendung nach der Geschäftsordnung für die Notariate und den sonstigen zur Ausführung des Gesetzes erlassenen Anordnungen gestaltet. Diese gewiß nicht einfache Aufgabe scheint mir in sehr anerkennenswerter Weise gelöst zu sein. Vielleicht könnte in einer neuen Auflage des Buches bei der Erörterung der von den notariellen Urkunden handelnden Bestimmungen (Art. 24 ff.) etwas näher auf die Frage eingegangen werden, wie sie sich ihrem Inhalt und ihrem Geltungsgebiete nach von den einschlägigen reichsrechtlichen und den besonderen landesgesetzlichen Vorschriften unterscheiden.

Als Anhang ist dem Kommentar die Geschäftsordnung für die Notariate beigegeben, versehen mit Hinweisen auf andere einschlägige Vorschriften, sowie auf die Ergebnisse der Rechtsprechung u. der Rechtslehre. Ein Nachtrag endlich enthält die Aenderungen und Neuerungen, die sich in den früher erschienenen, in den ersten drei Lieferungen enthaltenen Artikeln im Laufe der Zeit ergeben haben. Auf diesen sehr dankenswerten Nachtrag Dr. Dennlers sei hier besonders hingewiesen. E. E.

Manigk, Dr. Alfred, ord. Professor der Rechte an der Universität Königsberg i. Pr. Willenserklärung und Willensgeschäft, ihr Begriff und ihre Behandlung nach BGB. Ein System der juristischen Handlungen. Berlin 1907, Verlag von Franz Vahlen. Geh. Mk. 16.—.

Bei der Durchsicht neuerer zivilrechtlicher Einzelschriften kann man sich fast niemals des beklemmenden Eindrucks erwehren, daß die Grundbegriffe unseres bürgerlichen Rechts trotz der massenhaften Literatur-Erzeugnisse noch recht wenig geklärt sind. Mit diesem unbefriedigten Gefühle wird man auch dieses umfangreiche (742 Seiten umfassende) Buch aus der Hand legen, obwohl es mit ebensoviel Scharfsinn als Gründlichkeit geschrieben ist. Es nimmt die bisherigen Theorien über die Willenserklärungen (insbesondere über die „konkludente Willenserklärung“, die „Empfangsbedürftigkeit“ usw.) scharf unter die Lupe und es gelingt ihm auch vielfach den Vorgängern nachzuweisen, daß sie in der Irre gehen. Das Buch hat übrigens nicht nur theoretischen Wert, sondern enthält auch viele für die Praxis sehr lehrreiche Ausführungen. Wie soll sich aber der Praktiker in dem Labyrinth widersprechender Meinungen zurechtfinden und woher soll er die Zeit nehmen, so umfängliche Bücher zu studieren, deren genaue Durcharbeitung Jahre erfordern würde? von der Pfordten.

Staub, Hermann, Kommentar zur allgemeinen deutschen Wechselordnung. Fünfte Auflage, bearbeitet von Justizrat **Dr. J. Stranz,** Rechtsanwalt in Berlin und **Dr. M. Stranz,** Rechtsanwalt am Kammergericht. Berlin 1907. J. Guttentag, Verlagsbuchhandlung. In Ganz-Leinen 8,50 Mk.

Staubs Kommentar zur Wechselordnung hat, wie die Herausgeber im Vorwort zu der vorliegenden neuen Auflage mit Recht bemerken, einen so tiefgreifenden Einfluß auf den Rechtsverkehr, die juristische Literatur und Rechtsprechung ausgeübt, daß es schwer wäre dieses lebenskräftige Werk zu entbehren. Daß die neue Auflage sich vielfach von der letzten, die Staub besorgt hat, unterscheidet, ist natürlich nicht zu vermeiden gewesen. Aber die beiden Herausgeber, denen unsere Literatur schon eine bereits in der neunten Auflage erschienene Ausgabe der Wechselordnung verdankt, waren bei ihrer Arbeit nicht nur darauf bedacht, ihre Zusätze dem Kommentar so einzugliedern, daß dessen äußere Anordnung nicht gestört wurde, sondern haben auch da, wo sie von der Meinung Staubs abweichen zu müssen glaubten, die von Staub in der 4. Auflage vertretene Ansicht überall erwähnt. Soweit Länder in Frage kommen, mit denen Deutschland einen regen Wechselverkehr unterhält, sind — im Gegensatze zur letzten Auflage — auch die fremden Rechte in Kürze berücksichtigt worden. E. E.

Notizen.

Staatsvertrag zwischen dem Reiche und der Schweiz über die Beglaubigung öffentlicher Urkunden vom 14. Febr. 1907 (RGBl. 411). Inländische öffentliche Urkunden bedürfen, wenn sie in einem ausländischen Staate verwendet werden sollen, in der Regel der sog. Legalisation, d. h. der amtlichen Beglaubigung ihrer Echtheit. Die Legalisation erfolgt regelmäßig auf dem diplomatischen Wege; sie schließt ab mit der Beglaubigung durch die diplomatische Mission des fremden Staates. Erleichternde Vereinbarungen waren bisher mit Oesterreich-Ungarn einschließlich Bosniens und der Herzegowina getroffen (RGBl. 1881 S. 4, 253). Jetzt ist auch mit der Schweiz ein Vertrag zustande gekommen, der die Legalisation auf dem diplomatischen oder konsularischen Wege für die meisten Fälle ausschaltet. Nach Art. 1 bedürfen die von Gerichten — auch Sondergerichten — aufgenommenen, ausgestellten oder beglaubigten, mit dem Gerichtssiegel versehenen Urkunden zum Gebrauch in dem Gebiete des anderen Vertragsteils keiner Beglaubigung. Dazu gehören auch die von dem Gerichtsschreiber unterschriebenen Urkunden. Den Gerichten sind durch den Art. 2 einige hohe Verwaltungsbehörden gleichgestellt, in Bayern u. a. die Kreisregierungen. Der Vertrag ist auch für den Zivilprozeß von Bedeutung; § 438 der ZPO. wird dadurch betroffen.

Der Art. 1 sagt übrigens nicht, daß die Gerichte nunmehr alle ihnen zur Beglaubigung vorgelegten amtlichen Urkunden, von denen in der Schweiz Gebrauch gemacht werden soll, beglaubigen müssen und dürfen. An der bisherigen Zuständigkeit der Behörden zur Beglaubigung ändert der Vertrag nichts. Sieht man von den besonderen Verhältnissen im Verkehr mit Oesterreich-Ungarn und bei der internationalen Nachlaßbehandlung (NO. § 136) ab, so bemißt sich diese Zuständigkeit, wenn besondere Vorschriften mangeln, im allgemeinen nach der Organisation der Behörden. Man darf sagen, daß die Unterschrift eines Beamten regelmäßig von dessen Aufsichtsbehörde und nötigenfalls den dieser übergeordneten Behörden beglaubigt wird, während die Beglaubigung von Unterschriften Privater den Notaren obliegt (Art. 1 NotG.). Die Gerichte haben demnach Anträge auf Beglaubigung von Urkunden der Standesbeamten rechts des Rheins, von denen in der Schweiz Gebrauch gemacht werden soll, abzulehnen. Die Aufsichtsbehörden sind hier das Bezirksamt und die Kreisregierung (§ 11 PersStG.); diese Behörden haben auch zu beglaubigen (vgl. BlAdmPr. Bd. 32 S. 106). Der Art. 1 sagt ferner nicht, welches Gericht und welches gerichtliche Organ zu beglaubigen hat. Der Art. 31 des AG. z. GVG. kann zur Beantwortung der Frage nicht herangezogen werden. Nach ihm erfolgt die gerichtliche Beglaubigung amtlicher Unterschriften zum Zwecke der Legalisation im diplomatischen Wege durch den Landgerichtspräsidenten. Da aber der Vertrag mit der Schweiz den diplomatischen Weg ausschaltet, kann die Vorschrift nicht angewendet werden. Auch hier bleibt es bei dem bisherigen Zustande. Genügt für den Gebrauch im Inlande die Unterschrift des Amtsrichters, so bedarf es auch im Verkehre mit der Schweiz keiner Beglaubigung durch den Landgerichtspräsidenten usw. Kommt die Verwendung von Urkunden eines Notars oder Gerichtsvollziehers in Betracht, so bedarf es allerdings ihrer Beglaubigung durch ein gerichtliches Organ. Die Zuständigkeit hierfür bestimmt sich aber nicht nach dem Art. 31 a. a. O., sondern wieder nach der Behördenorganisation. Die Aufsicht über die Notare steht zunächst dem Landgerichtspräsidenten zu (Art. 63 des NotG.). Aus diesem Grunde ist er auch zur Beglaubigung der Unterschrift des Notars berufen (vgl. § 188 der Geschäftsordnung für die Notariate, JMBl. 1899 S. 591). Die Aufsicht über die Gerichtsvollzieher wird zunächst durch den Amtsgerichtsvorstand geführt (§ 32 der Gerichtsvollzieherordnung, JMBl. 1899 S. 517). Er hat in erster Linie die Unterschriften der ihm unterstellten Gerichtsvollzieher zu beglaubigen. Zur Beglaubigung genügt nach dem Vertrage mit der Schweiz ein kurzer Vermerk, die Unterschrift des beglaubigenden Beamten und die Beifügung des Amtssiegels. Die Bescheinigung, daß die Urkunde den am Orte der Errichtung geltenden Gesetzen entspricht (vgl. die Bek. vom 18. Dezember 1891, JMBl. S. 240), ist überflüssig, aber selbstverständlich unschädlich.

Uebereinkunft zwischen Deutschland und Frankreich, betr. den Schutz an Werken der Literatur und Kunst und an Photographien (RGBl. 1907 S. 419). Deutschland und Frankreich haben am 19. April 1883 einen Vertrag zum Schutze des Urheberrechts geschlossen. Die Vereinbarungen wurden in den wichtigsten Punkten bald durch die sog. Berner Konvention vom 9. September 1886 überholt, die jetzt in der Fassung der Pariser Zusatzakte und der Deklaration vom 4. Mai 1896 gilt. Ihr Verhältnis zu der früheren deutsch-französischen Konvention bemaß sich nach ihrem Art. 15, d. h. die letztere wurde insoweit aufrechterhalten, als sie den Urhebern oder Rechtsnachfolgern weitergehende Rechte einräumte oder sonst Bestimmungen enthielt, die der Berner Uebereinkunft nicht zuwiderliefen. Durch den Staatsvertrag vom 8. April d. Js. wird die Uebereinkunft vom 19. April 1883 aufgehoben. Die Vergünstigungen, die sich die Vertragsstaaten gegenseitig über die durch die Berner Uebereinkunft nebst den Zusätzen begründeten Rechte hinaus einräumen, sind im wesentlichen folgende: Nach Art. 5 der Berner Uebereinkunft muß der Autor oder Rechtsnachfolger sein ausschließliches Recht, in den übrigen Verbandsländern eine Uebersetzung des Werkes zu veröffentlichen oder zu gestatten, innerhalb zehn Jahren von der ersten Veröffentlichung des Originals an gebrauchen; sonst wird das Uebersetzungsrecht Gemeingut. Nach Art. 2 § 1 des neuen Vertrags wird dem Autor das ausschließliche Uebersetzungsrecht für die ganze Dauer seines Rechtes an dem Originalwerk eingeräumt. Nach Art. 9 Abs. 3 der Berner Konvention ist die öffentliche Aufführung veröffentlichter musikalischer Werke in den übrigen Verbandsländern nur dann untersagt, wenn der Urheber die öffentliche Aufführung auf dem Titelblatt oder an der Spitze des Werkes ausdrücklich verboten hat. Nach Art. 2 § 2 der deutsch-französischen Vereinbarung fällt diese Beschränkung fort. Die ausländischen Urheber werden gegen öffentliche Aufführung ihrer musikalischen Werke ebenso geschützt wie die inländischen Autoren. Der Art. 3 enthält Uebergangsvorschriften. Der Art. 4 erleichtert die Geltendmachung der Ansprüche vor den Gerichten der Vertragsstaaten. Er befreit die Berechtigten von dem nach Art. 2 Abs. 7 der Berner Konvention zu liefernden Nachweise, daß die Förmlichkeiten des Ursprungslandes erfüllt sind. Der Art. 5 räumt dem Vertragskontrahenten die Meistbegünstigung ein. In Art. 6 ist ausdrücklich bestimmt, daß die Werke der Photographie und ähnlicher Verfahren die gleichen Vorteile genießen. Hierdurch wird Nr. 1 B des Schlußprotokolls zur Berner Konvention nicht berührt, wonach die photographischen und ähnlichen Erzeugnisse die Vorteile, die die geänderte Berner Uebereinkunft gewährt, insoweit genießen, als die innere Gesetzgebung den einheimischen Erzeugnissen Schutz zubilligt. Aber die Rechtsverfolgung ist erleichert.

Verantwortl. Herausgeber: Th. von der Pfordten, K. Landgerichtsrat, verw. im Staatsministerium d. Justiz.

Eigentum von J. Schweitzer Verlag (Arthur Sellier) in München.
Druck von Dr. Franz Paul Datterer & Cie., G. m. b. H., Freising.

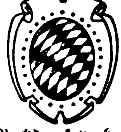


Nr. 18. München, den 15. September 1907. 3. Jahrg.

Zeitschrift für Rechtspflege in Bayern

Herausgegeben von
Th. von der Pfordten
K. Landgerichtsrat, verw. im K. Bayer. Staatsministerium der Justiz.

Verlag von
J. Schweitzer Verlag
(Arthur Sellier)
in München, Lenbachplatz 1.



Die Zeitschrift erscheint am 1. und 15. jeden Monats im Umfange von mindestens 2 Bogen. Preis vierteljährlich Mk. 3.—. Bestellungen übernimmt jede Buchhandlung und Postanstalt (Postzeitungsliste für Bayern Nr. 974a).

Redaktion und Expedition: München, Lenbachplatz 1. Insertionsgebühr 30 Pfg. für die halbgespaltene Petitzeile oder deren Raum. Bei Wiederholungen Rabatt. Stellenanzeigen 20 Pfg. Beilagen nach Uebereinkunft.

Das abgekürzte Verfahren im Strafprozeß.

Von Landgerichtsrat **Dr. Otto Mayr** in Kempten.

Das abgekürzte Verfahren stammt aus dem französischen Strafprozeß. Der Code d'instruction criminelle behandelt in seinem II. Buch Titel I Kapitel I „Des tribunaux de simple police", in den Art. 145 ff. das Institut der citations d. i. der unmittelbaren Ladungen. Hiernach können „contraventions" (Uebertretungen)[1]) vor dem tribunal de simple police dadurch anhängig gemacht werden, daß der Staatsanwalt oder die beschädigte Zivilpartei den Beschuldigten laden lassen. Die Parteien können auch freiwillig erscheinen; das Verfahren ist in den Art. 146—165 eingehend geregelt. Aus den Art. 159 und 182 ist zu entnehmen, daß der französische Strafprozeß die unmittelbare Ladung nicht nur in den Fällen der contraventions, sondern auch in den Fällen der délits (Vergehen) kennt. Eine wesentliche Ausdehnung erfuhr das Institut der unmittelbaren Ladung durch das Gesetz vom 20. Mai 1863 sur l'instruction des flagrants délits devant les tribunaux correctionels. Es bestimmt in Art. 1, daß der wegen eines Vergehens auf frischer Tat Verhaftete unmittelbar vor den Staatsanwalt geführt, von diesem vernommen und, sofern dazu Grund vorhanden ist, sogleich vor das Zuchtpolizeigericht gestellt werden soll. In den Art. 2—6 ist das Verfahren näher geregelt. Es kann der Beschuldigte auch erst am folgenden Tage vor das Zuchtpolizeigericht gestellt werden und dieses kann dem Beschuldigten auf Antrag einen dreitägigen Aufschub gewähren, auch die Verhandlung der Sache von Amts wegen zwecks weiterer Erhebungen auf eine der nächsten Sitzungen verschieben.

Dieses abgekürzte Verfahren scheint sich in Frankreich bestens bewährt zu haben, und es ist nicht lange her, daß unsere deutsche Presse mit Erstaunen und einer gewissen Bewunderung berichtete, daß diejenigen Persönlichkeiten, die in Frankreich anläßlich der kirchlichen Inventuraufnahmen Unruhe gestiftet hatten, mit solcher Promptheit zur Aburteilung gelangten.

Aus dem französischen Rechte gingen die Bestimmungen des abgekürzten Verfahrens in eine Reihe von anderen Gesetzgebungen über, so finden wir sie z. B. in sehr weitgehendem Maße in der sächsischen Strafprozeßordnung vom 13. August 1855 Art. 253 und neuestens im italienischen Strafprozeßentwurf vom 28. November 1905 Abschn. II 314—317.

Unsere Deutsche Reichs-Strafprozeßordnung kennt das abgekürzte Verfahren nur in dem sehr beschränkten Umfange des § 211 StPO. Gegenüber dem ordentlichen schöffengerichtlichen Verfahren ordnet § 211 StPO. in Abs. 1 und 2 zwei Arten eines abgekürzten Verfahrens an. Beide unterscheiden sich von dem ordentlichen Verfahren dadurch, daß einmal der Amtsanwalt keine Anklageschrift beim Amtsrichter einreicht, sondern sofort die Hauptverhandlung beantragt, sodann daß die Hauptverhandlung ohne vorhergegangene Entscheidung über die Eröffnung des Hauptverfahrens erfolgt, endlich daß die einwöchige Frist zwischen Ladung und Hauptverhandlung bei Anberaumung des Termins der Hauptverhandlung nicht eingehalten zu werden braucht.

Der Unterschied zwischen dem in § 211 Abs. 1 und dem in § 211 Abs. 2 bestimmten Verfahren bezieht sich hauptsächlich auf die Besetzung des Gerichtes. Nach Abs. 1 **muß** die Hauptverhandlung vor dem Schöffengerichte stattfinden, nach Abs. 2 **kann** die Hauptverhandlung vor dem Amtsrichter allein erfolgen. Das schöffengerichtliche Verfahren des Abs. 1 kann stattfinden, sowohl bei Uebertretungen als auch bei Vergehen, wenn der Beschuldigte entweder sich freiwillig stellt oder dem Gerichte infolge einer vorläufigen Festnahme vorgeführt wird. In dem Verfahren vor dem Amtsrichter nach Abs. 2 kann wegen Vergehens niemals, wegen Uebertretung nur dann verhandelt werden, wenn der Beschuldigte dem Amtsrichter vorgeführt wird und gesteht. Im übrigen bleiben die Vorschriften des ordentlichen Verfahrens an-

[1]) Vgl. art. 1 code pénal.

wendbar und hängt die Entscheidung, ob dieses oder das abgekürzte Verfahren des § 211 StPO. stattfinden soll, lediglich vom Amtsanwalte ab.

Das abgekürzte Verfahren des § 211 StPO. hat in der Praxis meines Wissens wohl bei Uebertretungen stellenweise, bei Vergehen jedoch so gut wie gar keine Anwendung gefunden. Es spielt in unserem deutschen Strafprozeß eine sehr unbedeutende Rolle, was wohl hauptsächlich auf die geringe Anwendungsmöglichkeit zurückzuführen ist.

Eine Beschleunigung unseres sehr umständlichen Strafverfahrens ist aber dringend geboten. Dieser Ansicht war auch die Kommission für die Reform des Strafprozesses. Als besonderen Vorzug des abgekürzten Verfahrens hebt die Reformkommission hervor, daß eine schnelle Bestrafung vorzüglich geeignet sei, die Achtung vor den Strafgesetzen zu erhöhen, daß die Dauer der Untersuchungshaft abgekürzt werde und daß die Beweisaufnahme unter dem frischen Eindruck der Tat stattfinde. (Protokoll Bd. 1 S. 204 ff., Bd. 2 S. 243 ff.). Sie schlägt deshalb vor (Bd. 2 S. 248 und 249), über den Rahmen des § 211 StPO. hinaus nach folgenden Grundsätzen ein abgekürztes Verfahren einzuführen:

1. bei Uebertretungen ohne weitere Voraussetzungen,

2. bei Vergehen:

a) wenn der Beschuldigte auf frischer Tat betroffen und vorläufig festgenommen worden ist, und zwar auch dann, wenn sich an die vorläufige Festnahme der Erlaß eines Haftbefehles anschließt;

b) wenn der Beschuldigte sich zum Zwecke der Aburteilung freiwillig stellt;

c) wenn der Beschuldigte die ihm zur Last gelegte Tat eingesteht;

d) wenn der Beschuldigte die Einleitung des abgekürzten Verfahrens beantragt;

e) wenn der Beschuldigte in den Fällen des § 10 StPO. einem danach zuständigen Gerichte vorgeführt wird, und zwar auch dann, wenn sich an die vorläufige Festnahme der Erlaß eines Haftbefehls anschließt.

Zuständig zur Aburteilung soll **nur** der Einzelrichter, d. i. der Amtsrichter, sein.

Nach diesen Vorschlägen würde das Anwendungsgebiet des abgekürzten Verfahrens nach wie vor sehr beschränkt sein und es würde sich in der Praxis ebensowenig einbürgern wie bisher. Die unter a, b, d und e aufgeführten Fälle von Vergehen würden in der Praxis verschwindend sein. Warum aber das abgekürzte Verfahren nicht auch bei Verbrechen zulässig sein soll, ist nicht einzusehen. Man nehme z. B. folgenden Strafkammerfall an. Ein Arbeiter hat seinem Zimmergenossen eine Hose in der Weise entwendet, daß er dessen Kleiderkasten mit einem falschen Schlüssel öffnete. (§ 243 Ziff. 3 StGB., § 73 Nr. 5 GVG.). Der Arbeiter wird verhaftet, weil ein Verbrechen vorliegt, gesteht den Diebstahl zu, weil die Hose bei ihm gefunden wird, bestreitet jedoch, den Kleiderkasten mit einem falschen Schlüssel geöffnet zu haben, sondern behauptet, der Kleiderkasten sei offen gestanden, was die Mietgeberin gesehen haben müsse. Der Bestohlene erklärt mit Bestimmtheit, daß er den Kleiderkasten abgesperrt habe; die Mietgeberin sagt, sie habe nicht bemerkt, daß der Kleiderkasten offen war. Dies alles ist in der Anzeige der Polizei enthalten, welche die beteiligten Personen befragt hat. Nach dem zurzeit üblichen Verfahren wird nun auf Antrag des Staatsanwaltes zuerst der Beschuldigte verhört. Dann werden der Bestohlene und die Mietgeberin durch den Ermittelungsrichter als Zeugen vernommen. Da die Ermittelungsrichter meist sehr viele Vernehmungen zu pflegen haben, fallen die Protokolle oft sehr kurz aus. Infolge einer nicht glücklichen Fassung der Aussagen der Zeugen entstehen nun Widersprüche zwischen den Protokollen und der Anzeige. Der Staatsanwalt gibt deshalb die Vernehmungsprotokolle nochmals an die Polizei zu weiteren Erhebungen hinaus. Bis der Fall so zur Hauptverhandlung kommt, ist er wesentlich unklarer, als er auf Grund der Anzeige war. In der Hauptverhandlung erklärt die Mietgeberin, sie könne sich nicht mehr mit Bestimmtheit erinnern, ob sie an dem kritischen Tage in das fragliche Zimmer gekommen sei. Der Angeklagte erklärt mit Entschiedenheit, daß der Kleiderkasten offen stand. Der Bestohlene versichert, daß er abgesperrt habe, gibt aber auf eindringlichen Vorhalt die Möglichkeit zu, daß er nicht richtig abgesperrt habe, — und der Angeklagte wird lediglich eines Vergehens des Diebstahls schuldig erkannt. Wäre der Angeklagte im Wege des abgekürzten Verfahrens alsbald nach dem Diebstahle zur Verhandlung vorgeführt worden, so hätten der Bestohlene und die Mietgeberin sich genau an alle Einzelheiten erinnert und der Angeklagte hätte wahrscheinlich auch nicht weiter geleugnet. Die ganze Angelegenheit wäre in kürzester Frist erledigt gewesen, während bei dem jetzt üblichen Verfahren mindestens sechs Wochen bis zur Hauptverhandlung verstreichen.

Aehnliche einfach gelagerte Verbrechensfälle wird jeder Strafkammerrichter in großer Zahl anführen können. Dazu kommen weiter die zahlreichen Rückfallsverbrechen, die zum größten Teile sehr einfacher Natur sind und einen nicht unbedeutenden Prozentsatz der Strafkammerjustiz ausmachen.[1]) Warum sollen diese Verbrechen nicht im Wege des abgekürzten Verfahrens abgeurteilt werden können?

Die Reformkommission steht nun allerdings auf dem Standpunkte, daß nur der Einzelrichter, der Amtsrichter, zur Aburteilung im abgekürzten Verfahren **zuständig sein soll**, und daß man

[1]) Vgl. meine Ausführungen in der „Deutschen Juristenzeitung" 1907 S. 394 ff.



dem Amtsrichter nicht zugestehen könne, über Verbrechen abzuurteilen.

Wenn man auch dieses Bedenken bei der derzeitigen Gestaltung unseres amtsgerichtlichen Verfahrens gelten lassen muß, so ist doch nicht einzusehen, warum nur der Amtsrichter im abgekürzten Verfahren zuständig sein soll. Die von der Reformkommission angeführten Gründe, daß der Amtsrichter leichter zu erreichen sei und den örtlichen Verhältnissen näher stehe, können bei den heutigen Verkehrsverhältnissen nicht als stichhaltig anerkannt werden.

Warum soll nicht auch die Strafkammer, z. B. in einer Besetzung von 3 Richtern, zur Aburteilung im abgekürzten Verfahren geeignet sein? Die nach dem oben erwähnten französischen Gesetze vom 20. Mai 1863 zur Aburteilung gelangenden Delikte kommen auch vor einem Gerichte, das mit drei Richtern besetzt ist, zur Abwandlung. (art. 180 code d'instr. crim.).

Der Vorschlag der Kommission, daß von dem Amtsrichter im abgekürzten Verfahren teils Vergehen, die zur Zuständigkeit des Schöffengerichts, teils solche, die zur Zuständigkeit der Strafkammer gehören, abgeurteilt werden sollen, wird in der praktischen Durchführung auf Schwierigkeiten stoßen. Auch ist es bedenklich, hier die ordentlichen Zuständigkeitsgrenzen nicht einzuhalten.

Warum soll man nicht gleich bestimmen, daß im abgekürzten Verfahren für Schöffengerichtssachen das Schöffengericht, für Strafkammersachen eine Strafkammer mit drei Richtern zuständig sein soll?

Aber auch die Fälle, in denen das abgekürzte Verfahren zugelassen werden kann, müssen wesentlich erweitert werden und es könnten die Vorschläge der Reformkommission sehr vereinfacht werden.

Von allen Seiten, sowohl von der Reformkommission als auch von anderen, die Reformvorschläge machen, vgl. z. B. Adikes S. 94, 130, Intern. krim. Vereinigung Bd. XIV S. 218 ff., und nicht zum mindesten in allen Bevölkerungskreisen wird das dringende Verlangen ausgesprochen, daß unser Strafverfahren beschleunigt werde und daß eine größere Promptheit in der Aburteilung eintrete.

Der Zweck des abgekürzten Verfahrens ist eben der, daß alle einfach gelagerten Fälle in ihm und nicht in dem umständlichen ordentlichen Verfahren zur Abwandlung gelangen.

Warum also die detaillierte Aufführung a—e? Warum soll nicht das abgekürzte Verfahren in allen schöffengerichtlichen- und Strafkammersachen zulässig sein, wenn es eine der Prozeßparteien, der Staatsanwalt oder der Angeklagte beantragt? Damit der Angeklagte in seinen Rechten nicht beeinträchtigt wird, kann man ihm ja ein Widerspruchsrecht zubilligen.

Man wird nun sowohl gegen die allgemeine Befugnis des Staatsanwaltes, die ihm geeignet erscheinenden Sachen im abgekürzten Verfahren zur Abwandlung zu bringen, als auch gegen das Widerspruchsrecht des Angeklagten Einwendungen erheben.

Was die Befugnis des Staatsanwaltes betrifft, Fälle, die ihm geeignet erscheinen, im abgekürzten Verfahren zu behandeln, so wird sich in der Praxis die Sache einfach gestalten. Der Staatsanwalt wird nur solche Fälle im abgekürzten Verfahren behandeln, die so einfach gelagert sind, daß er sicher annehmen kann, sie in der Verhandlung auch zu Ende zu bringen. Daraus ergibt sich von selbst ein Korrektiv für die Befugnis des Staatsanwaltes.

Was dann das Widerspruchsrecht des Angeklagten anlangt, so wird man dem Angeklagten das Recht zubilligen müssen, daß er die Abwandlung seiner Sache im ordentlichen Verfahren verlangen kann, wenn er glaubt, im ordentlichen Verfahren mehr Garantien für die Wahrung seiner Rechte zu finden. In der Praxis würde von einem solchen Widerspruchsrechte selten Gebrauch gemacht werden, denn den allermeisten Angeklagten ist es darum zu tun, daß ihre Sache rasch erledigt wird.

Die Reformkommission ist nun der Ansicht, daß durch ein solches Widerspruchsrecht die Autorität des Gerichtes gefährdet würde (Bd. 1 S. 210). Diese Befürchtung ist jedoch nicht begründet. Denn ein ähnliches Widerspruchsrecht ist dem Angeklagten auch nach unserer geltenden Strafprozeßordnung schon mehrfach zugebilligt, z. B. nach § 216 StPO., wenn die einwöchige Frist zwischen Ladung und Hauptverhandlung nicht eingehalten ist, oder nach § 244 StPO., wenn von der Erhebung einzelner Beweise abgesehen werden will, oder nach § 264 Abs. 3 StPO. bei Veränderung des rechtlichen Gesichtspunktes, oder nach § 265 StPO., wenn dem Angeklagten noch andere Taten zur Last gelegt werden, als im Eröffnungsbeschluß enthalten sind. Die Autorität des Gerichtes wurde aber durch diese Widerspruchsrechte des Angeklagten in keiner Weise gefährdet.

Das Verfahren würde sich analog dem oben erwähnten französischen Rechte und entsprechend den bereits geltenden Bestimmungen des § 211 StPO. in folgender Weise gestalten:

Der Staatsanwalt läßt den Angeklagten, wenn er verhaftet ist, in die Sitzung vorführen, wenn er auf freiem Fuße ist, unmittelbar laden. Sowohl dem Staatsanwalt als dem Angeklagten steht das Recht zu, Zeugen unmittelbar zu laden. Die Anklage wird mündlich vorgetragen und es wird ohne Eröffnungsbeschluß in die Hauptverhandlung eingetreten. Der Angeklagte wird verhört, die Zeugen werden vernommen und es wird Urteil gefällt, wenn die Sache spruchreif ist, was wohl meistens der Fall sein wird. Ist weitere Aufklärung nötig und leicht zu beschaffen, so wird die Sache in eine der nächsten Sitzungen vertagt,

d. h. die Verhandlung wird unterbrochen oder ausgesetzt. Ist die Aufklärung nicht so rasch zu ermöglichen, so wird ausgesetzt und entweder Voruntersuchung beschlossen oder die Sache der Staatsanwaltschaft zur weiteren Behandlung überlassen.

Das abgekürzte Verfahren wäre also dahin zu gestalten, daß es in allen schöffengerichtlichen Sachen vor dem Schöffengerichte und in allen Strafkammersachen vor einer Strafkammer mit drei Richtern zuzulassen wäre, wenn 1. der Angeklagte es beantragt, 2. der Amtsanwalt oder Staatsanwalt es beantragt und der Angeklagte keinen Widerspruch erhebt.

Ein solches abgekürztes Verfahren ließe sich in unsere bestehende Strafprozeßordnung ohne große Schwierigkeit einfügen, weil lediglich die Aenderung einiger gesetzlicher Bestimmungen nötig wäre (§ 211 StPO., § 77 GVG.).

Es wäre damit dem allgemeinen Wunsche nach Beschleunigung unseres Strafverfahrens wenigstens teilweise nachgekommen, und es wäre eine solche Aushilfsmaßregel um so mehr zu empfehlen, als es nahezu ausgeschlossen ist, daß eine allgemeine Reform unserer Strafprozeßordnung in absehbarer Zeit zur Durchführung gelangt.

Bemerkungen über den vorläufigen Entwurf eines Scheckgesetzes.

Von Rechtsanwalt **Dr. Sigfried Jacoby** in München.

Der im Reichsanzeiger veröffentlichte Entwurf erweist sich als eine sehr gesunde Grundlage für die Beratung der gesetzgebenden Faktoren. Wir beschränken uns daher auf Hervorhebung dessen, was unseres Erachtens zu beanstanden ist.

Ungern wird man Bestimmungen über den zertifizierten Scheck vermissen, dessen weitgehende Zulassung die Einschränkung des Geldverkehrs nachdrücklich gewährleistet. Die Abneigung weiter Kreise gegen den Scheck kann durch nichts erfolgreicher unterdrückt werden als durch die Förderung des Einlösungsversprechens einer Großbank. Man denke dabei an die Funktion des Schecks als Mittels zur Ersparung der Banknotenversendung. Die im § 9 des Entwurfes vorgesehene kurze siebentägige Umlaufsfrist ist ein Bollwerk gegen Auswüchse; § 8 in seiner heutigen Fassung mit dem Verbote des Annahmevermerks bedeutet eine Vernichtung des so sehr zu erstrebenden Fortschritts.

Gewissenhafte Würdigung gebietet § 11, welcher zur Frage der Einlösungspflicht und des Widerrufes Stellung nimmt. Der Widerruf ist in § 11 richtig, die Einlösungspflicht nicht richtig geregelt. Ausgangspunkt des Gesetzgebers muß hier der Gedanke sein, welchen er in § 1 Ziff. 2 zutreffend ausspricht. Darnach ist der Scheck eine Anweisung auf das Guthaben, welches der Aussteller beim Bezogenen hat, zugunsten des Schecknehmers. Große praktische Bedeutung gewinnt gerade die Frage, wann der Bezogene trotz noch vorhandenen Guthabens aus Rücksichten auf den eigenen Vorteil die Einlösung des Schecks verweigern darf, in Zeiten von Wirtschaftskrisen. Bemerkenswerterweise verläßt der Gesetzgeber bei Normierung der Einlösungspflicht das ihn sonst durchweg leitende Prinzip den Scheck populär zu machen. Die Ausdehnung des Scheckverkehrs wird um so stärker gefördert, je mehr man die Rechtsstellung des Schecknehmers kräftigt. Nach dem Entwurf riskiert er denn auch den Widerruf in äußerst beschränktem Umfange, dies im Gegensatz zu dem sehr bedenklichen, heute geltenden § 790 des BGB. Ein wirksamer Widerruf im Sinne des Entwurfes erfordert Ablauf der siebentägigen Vorlegungsfrist. Diese Besserung des geltenden Rechtszustandes ist erfreulich. — Ueberblickt man die Rechtsprechung, so findet man, daß die dem Schecknehmer drohenden Gefahren vornehmlich in dem Verhalten des Bezogenen wurzeln. Bei dem so nahe verwandten Rechtsinstitute des Kreditbriefes hat jetzt das Reichsgericht (Bd. 64 Nr. 25 S. 108 ff.) entgegen der übereinstimmenden Entscheidung zweier Vorinstanzen den hier hervortretenden unberechtigten Großbankegoismus bekämpft und in anerkennenswerter Weise durch Anwendung der Normen über Verträge zugunsten Dritter dem Verkehrsbedürfnisse und dem Rechtsgefühle weitester Kreise den Weg gebahnt. Erhalte ich, um zur Kernfrage zu kommen, von meinem Schuldner einen Scheck, so nehmen wir übereinstimmend an, daß sein Guthaben auf mich übergehen, also an mich abgetreten sein soll. Zwischen ihm und dem Bezogenen ist der Scheckvertrag geschlossen, nach welchem der Bezogene bis zur Höhe des Guthabens oder sogar des Blankokredits Schecks einlösen muß. Nach § 11 des Entwurfes richtet sich trotzdem die Einlösungspflicht des Bezogenen nicht nach dem Zeitpunkte der Begebung, sondern der Vorlegung. Nur soweit im Zeitpunkte der Vorlegung der Aussteller noch einen Anspruch auf Einlösung hat, kann ihn der Scheckinhaber geltend machen. Sofort springt die Inkongruenz gegenüber der Regelung des Widerrufes ins Auge; mit Recht verbietet der Entwurf den Widerruf schon nach Aushändigung des Schecks. Der bezogenen Bank aber räumt er das Recht ein, dem Schecknehmer entgegenzuhalten: „Es ist wohl wahr, daß dein Schuldner am Ausstellungstage die Schecksumme zu dreitausend Mark bei mir noch gut hatte; aber, bevor du den Scheck mir vorzeigtest, liefen diskontierte Wechsel zurück, die dieses Guthaben aufzehrten". — Es ist überflüssig, auf die weitverzweigten Verwicklungen, die hier im Wirtschaftsleben eingreifen, ausführlich hinzuweisen. Ein gerechtes Ergebnis erlangen wir nur durch folgende Norm zwingenden Rechtes: Der Bezogene muß den Scheck

einlösen, wenn und soweit im Zeitpunkte der Begebung ein Guthaben des Ausstellers oder ein Recht auf Ausnützung von Kredit bestand; entgegenstehende Abmachungen zwischen dem Aussteller und Bezogenen sind dem Scheckinhaber gegenüber wirkungslos. — Daß der Bezogene zu schützen ist, wenn er in gutem Glauben den später ausgestellten Scheck vor dem früher ausgestellten einlöste und wenn so das Guthaben aufgebraucht worden ist, bedarf keiner Erörterung.

Mit vorstehender Darlegung ist — ebenfalls im Widerspruche zum Entwurfe — die Stellungnahme für den Konkurs gegeben. Wird zu Kollusionszwecken ein Scheck kurz vor Konkurseröffnung begeben, so schlägt das Anfechtungsrecht der Konkursordnung durch. Der Bezogene selbst vermag zum Schutze seiner Rechtssphäre dem Inhaber je nach Sachlage mit dem Einwande arglistiger Schädigung zu begegnen. Wer aber in gutem Glauben einen Scheck nimmt, darf nicht deshalb leer ausgehen, weil vor der Einkassierung über das Vermögen des Ausstellers Konkurs ausbrach und weil erst nach den Normen des Konkursrechtes das Geldinstitut nunmehr dem Aussteller gegenüber befugt ist, auch noch nicht fällig gewordene Gegenforderungen zur Aufrechnung zu bringen. Die Stellungnahme des Entwurfes widerstrebt hier dem Rechtsempfinden der beteiligten Kreise, soweit nicht ihr Urteil durch Postulate eines unberechtigten wirtschaftlichen Egoismus getrübt ist.

Hinsichtlich der Scheckfälschung enthält das österreichische Scheckgesetz noch folgende Norm: „Der aus der Einlösung eines falschen oder verfälschten Schecks sich ergebende Schaden trifft den angeblichen Aussteller des falschen oder den Aussteller des verfälschten Schecks, insoweit diesen Personen in Ansehung der Fälschung oder Verfälschung ein Verschulden zur Last fällt oder die Fälschung oder Verfälschung von ihren bei der Gebarung mit den Schecks verwendeten Angestellten verübt wurde, sonst hat der Bezogene den Schaden zu tragen; eine abweichende Vereinbarung hat keine rechtliche Wirkung". Die stilistischen Härten dieser von unserem Entwurfe nicht übernommenen Regelung können hier außer Betracht bleiben. Die inhaltlich zutreffende Vorschrift kann unschwer aus unserem BGB. abgeleitet werden, da der Scheckvertrag unter das Recht der Schuldverhältnisse zu stellen ist. Aber die Weisheit des benachbarten Gesetzgebers ist weiter gegangen; er hat im Schlußsatz *zwingendes Recht* geschaffen. Unser Entwurf schränkt die passive Scheckfähigkeit (§ 2) zugunsten des Bankiergewerbes ein. Er hätte gut getan, die sich gerade hier im Wege der Nachahmung siegreich gestaltende Uebermacht des Großkapitals dem Beispiele des Nachbarstaates entsprechend einzudämmen.

Die Kraftloserklärung (§§ 25 u. 26) findet eine praktisch ungemein zweckmäßige Ergänzung in der Vorschrift von § 11 Abs. III, wonach, wie schon erwähnt, Widerruf mit Ablauf der Vorlegungsfrist zugelassen wird.

Die prozessualen Normen des § 27 sind gleichbedeutend mit einer wirksamen Ausgestaltung des materiellen Scheckrechtes. Die richtig geregelte Bereicherungsklage des § 20 gehört bei landgerichtlicher Zuständigkeit vor die Handelskammer, ist aber nicht wie die Regreßklage Feriensache.

Die Aufrechterhaltung der Stempelfreiheit, welcher man außer bei uns nur noch in den Vereinigten Staaten von Nordamerika begegnet, ist zu begrüßen.

Aerztliche Gebühren.

Von Amtsrichter **A. Eibecker** in Deggendorf.

(Schluß.)

II.

Beide Streitpunkte müssen sich durch die Rechtsprechung aus allgemeinen Rechtsgrundsätzen heraus unter Ausschließung von Fiktionen, wie sie in Analogien immer gelegen sind, beseitigen lassen, sonst muß die Gesetzgebung eingreifen.

Eine solche grundsätzliche Klärung scheint mir aber tatsächlich möglich.

Die Entscheidungen, insbesondere die Entscheidungen über Ablehnung einer Gebühr für Aktenstudium, gehen davon aus, daß die VO. vom 17. November 1902 solche Gebühren nicht vorsehe. Die VO. vom 17. November 1902 bezweckt nun gar nicht eine erschöpfende Regelung der ärztlichen Gebühren für Dienstleistungen bei Behörden; das deutet schon ihr Betreff an: sie regelt: „Gebühren", nicht aber behandelt sie: „*Die* Gebühren". Aber abgesehen von diesem in seiner Beweiskraft zu sehr von der Zuverlässigkeit der Redaktion der VO. abhängenden Schlußfolgerungsmittel läßt sich die nicht ausschließliche Geltung der VO. aus ihrem § 17 bestimmt nachweisen: Die VO. hebt nur *entgegenstehende* Bestimmungen auf ohne Unterscheidung zwischen allgemeinen und besonderen Bestimmungen. Alle älteren allgemeinen und besonderen Bestimmungen, soweit sie der VO. *nicht* entgegenstehen, sie insbesondere ergänzen, bleiben durch die VO. unberührt und neben der VO. wirksam bestehen. *Auch darf nicht übersehen werden, daß nicht der ganzen VO. in ihrer Einheit die Eigenschaft einer Taxvorschrift i. S. des § 13 ZSGO. zukommt, sondern nach ihrem klaren Wortlaut in § 15 nur einigen ihrer Einzelbestimmungen.*

Daraus ergibt sich für die Beurteilung der beiden in der Ausführung der VO. hauptsächlich bestrittenen Fragen m. E. folgendes:



ad 1. Entschädigung für Zeitversäumnis.

Der Beschluß des LG. München I vom 20. Dezember 1906 (vgl. diese Zeitschrift 1907 S. 153) erachtet offenbar die Bestimmungen der ZSGO., insbesondere die §§ 3 mit 5 ZSGO., vollständig d. h. ihrem ganzen Umfang nach durch die Taxvorschrift des § 3 mit § 15 der VO. für ausgeschaltet. Diese Auffassung wird zunächst bestätigt durch den Wortlaut des § 1 Satz 1 der VO. selbst, wonach „unter den in gegenwärtiger VO. bestimmten Voraussetzungen Vergütungen gewährt werden". Nun ist allerdings richtig, daß in der VO. ausdrücklich nur Bestimmungen getroffen sind über die Zeitversäumnis aus Anlaß der Terminsabwartung i. e. S. und über die Zeitversäumnis aus Anlaß der Reise; eine ausdrückliche Bestimmung über die Zeitversäumnis von Ankunft am Terminsort bis zur Terminsstunde enthält die VO. nicht.

Die daraus gezogene Schlußfolgerung ist zum mindesten nicht zwingend. Der Satz 2 des § 1 der VO. gewährleistet nämlich Entschädigung für Zeitaufwand schlechthin. Er enthält keine Beschränkung; nicht einmal einen Hinweis auf die in der VO. ausdrücklich geregelten beiden Arten von Zeitaufwand oder — was hier zunächst in Betracht käme — auf den Zeitaufwand für Reisezeit allein, welcher in der als Taxvorschrift im Sinne des § 13 ZSGO. geltenden Vorschrift des § 3 Abs. 2 der VO. seine erschöpfende Regelung gefunden hat. Zeitaufwand im allgemeinen ist aber, abgesehen von dem Zeitaufwand auf Wahrnehmung des Termins, doch nicht allein der in den Rahmen des § 3 Abs. 2 der VO. als Reisezeitaufwand gebrachte Zeitaufwand; Zeitaufwand ist doch auch derjenige Zeitunterschied, der zwischen der Ankunft des Beförderungsmittels und dem Terminsbeginn liegt.

So gut nun die VO. für den weit entlegeneren Fall ausdrücklich ausgesprochen hat, daß für die gewöhnliche Abnützung von Instrumenten eine Entschädigung nicht gewährt wird, so gut und weit eher noch hätte sie es wohl ausdrücklich ausgesprochen und ausdrücklich aussprechen müssen, wenn allem Sprachgebrauch zuwider der landläufige Begriff der Zeitversäumnis hier für die Bemessung der Entschädigung für Zeitversäumnis nicht gelten sollte.

Zu der bekämpften Auslegung besteht denn auch keine Veranlassung!

Die VO. regelt in § 3 Abs. 2 allerdings besonders und mit der Wirkung einer Taxnorm den Tarif des auf die Reisezeit allein zu verrechnenden Zeitaufwandes. Den außerhalb der Reisezeit durch das Geschäft verursachten Zeitaufwand berührt aber § 3 Abs. 2 der VO. nicht weiter, als daß er den Zeitaufwand von Beendigung des Termins bis zum Abgang des Beförderungsmittels ausdrücklich als Reisezeitaufwand erklärt. Vollständig unberührt bleibt durch diesen als Taxnorm i. S. des § 13 ZSGO. hier ausschließlich in Betracht kommenden § 3 Abs. 2 der VO. der tatsächliche Zeitaufwand, der zwischen der Ankunft und der Terminsstunde liegt: nach § 3 Abs. 2 steht nur fest, daß diese Zwischenzeit nicht als Reisezeitaufwand gilt; es ist aber nicht gesagt, daß er auch nicht nach andern Normen Entschädigung findet, soweit die VO. hierzu Raum läßt. Die VO. läßt aber hierzu Raum, soweit sie nicht Tarifnorm ist und soweit sie der Anwendung älterer — sei es allgemeiner oder besonderer Bestimmungen — nicht entgegensteht.

Taxvorschrift ist nun zwar die VO. in ihrem § 3 Abs. 2, aber nur hinsichtlich des Reisezeitaufwandes, nicht aber hinsichtlich des Zeitaufwandes schlechthin; nur insoweit Reisezeitaufwand in Frage kommt, ist sie sohin Taxvorschrift gegenüber dem § 3 und dem § 5 ZSGO., nicht aber insoweit nach §§ 3 und 5 ZSGO. noch anderer Zeitaufwand in Frage kommt, der nicht Reisezeitaufwand ist oder nicht durch die Sonderbestimmung des § 3 Abs. 2 dem Reisezeitaufwand gleichgestellt ist.

Die VO. deckt sohin durch ihren § 3 Abs. 2 als Taxvorschrift den § 3 und § 5 ZSGO. nicht schlechthin und vollständig, sondern nur insoweit als Reisezeit im engeren und im weiteren Sinne in Frage stehen, welche besonders tarifiert sind; für anderen Zeitaufwand als für Reisezeitaufwand im weiteren Sinne der VO. bleiben die allgemeinen Bestimmungen der ZSGO., insbesondere deren §§ 3 und 5 neben der VO. in Kraft.

Diese allgemeinen Bestimmungen stehen der VO. nicht entgegen; denn die VO. regelt den außerhalb des Reisezeitaufwandes tatsächlich und wirtschaftlich noch vorhandenen Zeitaufwand weder ausdrücklich, noch schließt sie die Entschädigung dieses Zeitaufwandes aus; hinsichtlich dieses weiteren Zeitaufwandes stehen also die §§ 3 und 5 der ZSGO. den Bestimmungen der VO. nicht entgegen, sie ergänzen die VO nur von der Einzelbestimmung des § 3 Abs. 2 zur allgemeinen Fassung des § 1 Satz 2 und bleiben deshalb neben der VO. bestehen; sie sind durch sie nicht aufgehoben.

Von praktischer Bedeutung für die Ärzte ist das Ergebnis nur dann, wenn nicht ohnehin für Terminsabwartung und Reisezeitaufwand eine Entschädigung für zehn Stunden, wenn auch nach den Tarifen der VO. schon stattgefunden hat; denn innerhalb der allgemeinen ZSGO. gilt die Beschränkung auf die Vergütung täglich höchstens zehnstündiger Zeitversäumnis. Soweit aber die Zeitentschädigung nach den Normen der VO. nicht zehn Stunden für den Tag umfaßt, ist die Differenz auf die Zehnstundenentschädigung dem ärztlichen Sachverständigen nach dem Satze der allg. ZSGO. mit zwei Mark für die Stunde über den Rahmen der VO. hinaus noch zu vergüten.

Das ist praktisch wenigstens auch der Standpunkt, den die Finanzbehörde in dem dem oberstrichterlichen Beschlusse (Bd. IV S. 228 ff.) zugrunde liegenden Falle eingenommen hat. Die ablehnende Begründung des Beschlusses dürfte fehlgehen, insoferne sie ausspricht, der klare Wortlaut des Gesetzes lasse für eine mit dem Wortlaut nicht übereinstimmende sinngemäße Auslegung keinen Raum: denn, wie ausgeführt, handelt es sich nicht um eine sinngemäße Auslegung des Wortlautes, sondern um die nach dem Wortlaut zulässige, weil im Sinne des § 17 VO. nicht entgegenstehende Ergänzung der VO. aus den Normen der ZSGO. Damit fällt denn auch von selbst die weitere Ausführung des Beschlusses.

In dem Umfang, wie der Beschluß annimmt, könnte sich überdies die VO. die Eigenschaft und die Wirkung einer Taxvorschrift im Sinne des § 13 ZSGO. gar nicht beilegen. Denn der Anspruch auf Entschädigung der ganzen Zeitversäumnis ist ein dem Sachverständigen außerhalb der ZSGO. durch die allgemeinen Grundsätze des § 413 ZPO. und § 84 StPO. gewährleistetes Recht. Wenn es auch „nach Maßgabe der ZSGO." besteht, so kann es doch nicht durch eine Taxvorschrift im Sinne des § 13 ZSGO. aufgehoben werden, solange es sich nicht um unmittelbare Beamtenverhältnisse handelt und deshalb eine anderweitige Regelung mit Rücksicht auf diese Verhältnisse möglich ist. Für Privatärzte oder für beamtete Aerzte liegt aber ein solches Verhältnis nicht vor; infolgedessen kann ihnen auch keine Taxvorschrift den Anspruch auf die Entschädigung auch nur eines Teiles ihrer Zeitversäumnis entziehen.

Die VO. vom 17. November 1902 will aber auch gar nicht Taxvorschrift im Sinne des § 13 ZSGO. für die Zeitversäumnisentschädigung schlechthin sein, sondern nur für die unter § 3 Abs. 2 fallende Zeitversäumnis. Sie überschreitet demnach auch nicht, wie ihr sonst nachzusagen wäre, ihre Zuständigkeitsgrenze, weil sie sich gemäß ihrem § 17 durch die nicht entgegenstehenden Bestimmungen der §§ 3 und 5 ZSGO. hinsichtlich der zwischen Ankunftszeit und Terminsstunde gelegenen Zeitversäumnis ergänzt. Daß auch § 8 ZSGO. aus gleichen Erwägungen als geltend erachtet wird, sei nur der Vollständigkeit wegen betont.

So bedarf es keiner Fiktion einer tatsächlich nicht gemachten Reise, um billigen Ansprüchen bei Wahrnehmung unmittelbar aufeinanderfolgender Tagestermine gerecht zu werden; so bedarf es auch nicht der unangebrachten Zumutung, daß der Sachverständige die Gefahren einer Terminsversäumung und die Unannehmlichkeit einer unzeitigen Frühfahrt auf sich zu nehmen habe; so bedarf es endlich keines Rufes nach der Gesetzgebung, ohne daß deshalb von einer unangebrachten, dem Wortlaut des Gesetzes zuwiderlaufenden Auslegung die Rede sein könnte.

ad 2. Entschädigung für Aktenstudium.

Diese Frage scheint mir schon durch die Ausführungen zu Ziff. 1 erledigt. Die Zeitversäumnis muß nicht im unmittelbaren Zusammenhang mit einem gerichtlichen Termine stehen; es genügt begriffgemäß der mittelbare Zusammenhang, der darin liegt, daß der Sachverständige den gerichtlichen Termin oder die Begutachtung vorbereitet. Zu dieser Vorbereitung gehört doch wohl auch das Aktenstudium. Infolgedessen ist die auf das Aktenstudium verwendete Zeit dem Sachverständigen zu vergüten, wie er nun einmal gemäß § 413 ZPO. und § 84 StPO. nach Maßgabe der Gebührenordnung Anspruch auf Entschädigung seiner ganzen Zeitversäumnis hat. Da aber auch die durch das Aktenstudium verursachte Zeitversäumnis in der VO. vom 17. November 1902 nicht ausdrücklich geregelt ist, insbesondere dem § 3 Abs. 2 VO. nicht untergeordnet werden kann, so ist auch wegen ihrer Erstattung auf die §§ 3 und event. 5 ZSGO. zurückzugreifen, die der Taxvorschrift des § 3 Abs. 2 VO., wie dargetan, nicht entgegenstehen, sondern ihn nur hinsichtlich einer scheinbaren Lücke ergänzen (§ 17 VO.). Es ist also die auf das Aktenstudium verwendete Zeit, nicht die daran liegende selbständige Arbeitsleistung als solche dem Sachverständigen zu ersetzen. Dadurch ließe es sich auch erklären, warum die VO. das Aktenstudium nicht unter den in der Gebührenordnung ausdrücklich tarifierten Arbeitsleistungen aufführt. Ob dies bewußt oder unbewußt, beabsichtigt oder unbeabsichtigt unterblieben ist, ändert an der Sachlage nichts. Die bestehende Tatsache ist mit der Annahme systematischer Erwägungen bei Abfassung des Wortlauts vereinbar.

Es bedarf also des für die größte Mehrheit der Fälle unzweckmäßigen Versuches nicht, mit dem Beschlusse des LG. München I vom 20. Dezember 1906 das Aktenstudium als eine Unterart ärztlicher Untersuchungen und Beobachtungen zu erklären. An sich ist diese Einordnung ja wohl zutreffend; denn was bei lebenden körperlich Kranken z. B. Perkussion, Auskultation, Urinuntersuchung für das ärztliche Gutachten bieten, das muß häufig, namentlich wenn der zu Begutachtende längst gestorben ist oder wenn es sich um psychiatrische Feststellungen handelt, durch das Studium der Akten festgestellt werden. Wenn und soweit nun eine andere Beobachtungsart neben dem Aktenstudium des Gutachters nicht einhergeht, könnte man praktisch mit der Einreihung des Aktenstudiums unter die „sonstigen ärztlichen Untersuchungen und Beobachtungen" ja auskommen, wiewohl für kleinere Fälle die Minimalgebühr zu fünf oder zehn Mark zu hoch wäre. Anderseits aber kann man das Studium zentnerschwerer Akten für einen schwierigen Fall von Querulantenwahnsinn oder namentlich von Hysterie dem Sachverständigen auch um den Höchstbetrag

von 30 Mark — von den 10 Mark bei Zahlungspflicht des Staates gar nicht zu reden! — nicht zumuten, selbst wenn keine Konkurrenz mit andern Untersuchungs- und Beobachtungsarten besteht; das würde in solchen Fällen zu einer Stundenentschädigung von etwa 20 Pfennig führen, wie schon oben an einem praktischen Fall dargetan ist. Das ist überhaupt keine Entlohnung geistiger Arbeit mehr, zumal dann nicht, wenn man bedenkt, daß gerade diese umfangreichen Arbeiten von Aerzten zu leisten sind, an die die Berufspflicht als Anstaltsärzte ohnehin schon die höchsten Anforderungen stellt und die ihre dienstfreie Zeit und die Nächte heranziehen müssen, um das ihnen zugemutete Aktenstudium erledigen zu können. Man wird wohl sagen dürfen, daß das Ergebnis in der Praxis zu häufig versagt, als daß man seine Voraussetzung, die Einordnung des Aktenstudiums unter die Untersuchungen, noch als dem Sinne der VO. entsprechend erachten könnte. Es besteht denn auch keine Veranlassung zur Annahme dieser Voraussetzung, wenn man die Absicht der VO. darin erblickt, daß beim Aktenstudium nicht die Arbeitsleistung als solche, sondern nur die darauf verwendete Zeit und damit nur mittelbar die Arbeitsleistung vergütet werden soll: die VO. gewährt für das Aktenstudium nur „Stundenlohn", nicht „Akkordlohn oder Stücklohn"; sie führt deshalb das Aktenstudium auch nicht unter den Dienstleistungen auf.

Diese Auslegung allein führt zu einem befriedigenden Ergebnis für alle Beteiligten: Ein kurzes Aktenstudium ist nicht mit 5 oder 10 Mk. zu honorieren; bei wirklich umfangreichen und wegen Exzerpierung von Briefen u. dgl. höchst zeitraubendem Aktenstudium wird der Gutachter anderseits nicht mit einem Pfennigverdienst abgefertigt. So bedarf es auch keiner Fiktion eines tatsächlich nicht stattgehabten gerichtlichen Termins, so bedarf es keiner überflüssigen Heranziehung des ersuchten Richters zu einem ihn gar nicht berührenden Geschäfte; so bedarf es endlich auch bei dieser Frage keines Rufes nach der Gesetzgebung, ohne daß deshalb, hier so wenig wie dort, von einer unangebrachten, dem Wortlaut des Gesetzes zuwiderlaufenden Auslegung die Rede sein könnte.

Gegen die Entschädigung des Aktenstudiums läßt sich auch nicht, wie es gelegentlich schon geschehen ist, einwenden, daß auch nach der oberstrichterlichen Auslegung der früheren VO. vom 20. Dezember 1875 Aktenstudium nicht honoriert wurde und daß die VO. vom 17. November 1902 deshalb Veranlassung zur ausdrücklichen Normierung gehabt hätte, wenn sie das Gegenteil hätte Rechtens werden lassen wollen. Das ist nicht zutreffend! Gegen die Rechtsprechung auf Grund der älteren VO. sprechen zunächst einmal alle die gegen die Rechtsprechung auf Grund der neueren VO. vorgebrachten und deshalb hier nicht zu wiederholenden Bedenken, vor allem das Bedenken einer etwaigen Ueberschreitung der Zuständigkeit der VO. gegenüber §§ 413 ZPO. und § 84 StPO. Von der Zuständigkeitsfrage übrigens ganz abgesehen, spricht der Einwand sogar für das Gegenteil dessen, wofür er gebracht worden ist! Je mehr und je bestimmter die Nichthonorierung des Aktenstudiums in der VO. vom 20. Dezember 1875 tatsächlich begründet war, desto mehr entspricht die Honorierung der Absicht der VO. vom 17. November 1902; denn die VO. vom 20. Dezember 1875 ist in § 17 der VO. vom 17. November 1902 ausdrücklich aufgehoben.

Nur um denjenigen Ansichten noch zu begegnen, die mit dem oberstrichterlichen Beschlusse vom 11. Februar 1904 u. a. die Heranziehung der §§ 3 und 5 ZSGO. für unzulässig erachten, ist es notwendig, die Sache auch noch von einem andern Gesichtspunkt aus zu betrachten; es ist das um so mehr angezeigt, als sich damit auch eine Betrachtung der von den Aerzten in Aussicht gestellten Verweigerung des Aktenselbststudiums verbinden läßt.

An prozeßrechtlichen Grundbegriffen kann weder die ZSGO. noch irgend eine als Taxvorschrift im Sinne ihres § 13 erklärte Sondergebührenordnung das geringste rütteln und deuteln. Die ZSGO. setzt für ihre Anwendung sogar prozeßrechtliche Begriffe, Zeugen und Sachverständige im Sinne der Prozeßordnungen voraus. Erst wenn eine Person prozessual unter diese Begriffe fällt, sind die in der ZSGO. und in Taxvorschriften im Sinne ihres § 13 vorgesehenen Bestimmungen auf sie anwendbar. Was ist nun ein Sachverständiger? Es dürfte angezeigt sein, Autoritäten vom Namen eines Planck sprechen zu lassen: „Sachverständiger im prozessualischem Sinne ist ein Dritter, der über vom Richter ihm angewiesenes Material auf Grund seiner Sachkunde aussagt. . . . Der Sachverständige sagt aus über Material, welches ihm im Prozeß selbst vom Richter zum Zwecke der Beobachtung und Prüfung und Vorbereitung seiner Aussage angewiesen wird." Solange diese Anweisung vom Richter nicht erfolgt ist, solange ist noch kein Sachverständiger im prozessualen Sinne da, auf den die ZSGO. oder die darauf gegründeten Taxvorschriften Anwendung finden könnten. Man wird nun unter dieser „Anweisung vom Richter" nichts anderes verstehen können, als die Einweisung in den Prozeßstoff durch den Richter. Ein solche Einweisung liegt nun natürlich nicht darin, daß man dem Sachverständigen einen Berg Akten ins Haus schickt. Der Sachverständige hat prozessual das Recht, die Aktenaufnahme in seine Behausung abzulehnen und vom Gerichte zu verlangen, durch das Gericht und in gerichtlichen Terminen in den Prozeßstoff eingewiesen zu werden. Erst wenn diese, dem Gerichte obliegende Einweisung in das tatsächliche und rechtliche Material stattgefunden hat, hat man es mit einem Sachverständigen im

prozessualen Sinne zu tun, auf den die ZSGO. und die Taxvorschriften Anwendung finden können — vorher nicht! Es gibt hiernach keine Verpflichtung eines Sachverständigen zum Selbststudium der Akten und die Ablehnung dieses Selbststudiums durch die Aerzte ist also tatsächlich ein berechtigtes Gegenmittel gegen die Nichthonorierung des Aktenstudiums. Die Aerzte können die Einweisung in gerichtlichen Terminen verlangen; dann wird für sie auch die wiederholte Gebühr für Abwarten eines Termines nach Ziff. 14 GO. fällig. Gegenüber dieser für jeden Verhandlungstag selbständig zu berechnenden Gebühr ist die allgemeine Zeitentschädigung nach der ZSGO. bedeutend geringer.

Solange aber der ärztliche Sachverständige von seinem Rechte, gerichtliche Sacheinweisung zu verlangen, keinen Gebrauch macht, geht es m. E. nicht an, mit der Fiktion solcher Termine zu arbeiten und Gebühren für tatsächlich nicht stattgehabte Termine anzuweisen. Deshalb kann nach wie vor der Begründung des oberlandesgerichtlichen Beschlusses vom 27. Dezember 1906 nicht zugestimmt werden. Auf die Möglichkeit und Zulässigkeit eines solchen Verlangens deutlich hingewiesen zu haben, ist ein Verdienst dieses Beschlusses; zur Vermeidung der tatsächlich bestehenden Gefahr auf einen dem Gesetz entsprechenden Ausweg unter Ausschaltung gewagter Analogien hinzuweisen, ist der Zweck dieser Ausführungen.

Mitteilungen aus der Praxis.

Untersuchungshaft bei Ueberweisung an die Landespolizei. In Nr. 14 dieser Zeitschrift wird auf S. 285 ff. unter Berufung auf §§ 123 und 205 Abs. 2 StPO. die Anschauung vertreten, daß es bei Ueberweisung des Angeklagten an die Landespolizei nicht notwendig ist, die beabsichtigte Fortdauer der Untersuchungshaft im Tenor oder in den Gründen des schöffengerichtlichen Urteils besonders anzuordnen, weil der vor Erhebung der öffentlichen Klage erlassene Haftbefehl auch im Verfahren nach § 211 Abs. 1 StPO. bis zu seiner ausdrücklichen Aufhebung für den ganzen weiteren Verlauf des gerichtlichen Verfahrens in Kraft bleibt. Dieser Meinung kann nicht beigepflichtet werden. Richtig ist, daß für Haftsachen, in welchen das Hauptverfahren gemäß § 201 StPO. eröffnet worden ist, die Anordnung der Fortdauer der Untersuchungshaft im Urteil nirgends vorgeschrieben und, wenn kein Antrag auf Haftentlassung vorliegt, auch nicht veranlaßt ist. Wenn aber aus dieser Tatsache der Schluß gezogen wird, daß der vor der Hauptverhandlung erlassene Haftbefehl bis zu seiner ausdrücklichen Aufhebung in Kraft bleibt, so ist damit der springende Punkt bereits übergangen. Der vorher ergangene Haftbefehl dauert fort, wenn er kann. Das Urteil, das ihn gar nicht berührt, kann ihm keine neue Kraft verleihen. Formell freilich mag der Haftbefehl solange bestehen, bis er aufgehoben wird. Aber der Staatsanwalt, der einen der Landespolizeibehörde überwiesenen Landstreicher vor der Berufungsverhandlung in sein Gefängnis aufnehmen soll, wird sich hüten, einen im Vorverfahren ergangenen Haftbefehl zu respektieren, wenn er den aktenmäßigen Nachweis dafür in Händen hat, daß der Haftbefehl nach gesetzlicher Vorschrift wegen Fristablaufs längst hätte aufgehoben werden müssen. In diesem Sinne ist die Dauer der Wirksamkeit der Haftanordnungen nach der Strafprozeßordnung begrenzt. Die Dauer ist verschieden. Am weitesten reicht die Anordnung, welche nach § 205 Abs. 2 StPO. in Verbindung mit der Eröffnung des Hauptverfahrens über die Fortdauer der Untersuchungshaft ergeht. Sie regelt die Fortdauer der Untersuchungshaft für das Hauptverfahren und behält ihre Wirksamkeit, sofern sie nicht etwa nach § 123 Abs. 1 StPO. von dem mit der Sache befaßten Gerichte ausdrücklich aufgehoben wird, mangels einer entgegenstehenden Vorschrift für alle Instanzen. Begrenzter in seiner Wirksamkeit ist schon der Haftbefehl, welchen der Untersuchungsrichter für die Dauer der Voruntersuchung erläßt. § 205 Abs. 2 StPO. gestattet ihm nicht, seine Wirksamkeit in das Hauptverfahren hinein zu erstrecken. Aber das kürzeste Leben hat der Haftbefehl, der vor Erhebung der öffentlichen Klage erlassen wird. Ihm sind nicht bloß durch § 205 Abs. 2 StPO., sondern vor allem durch § 126 StPO. besonders enge Grenzen gezogen. Er wird von vornherein nur für die Dauer der gesetzlich bestimmten Frist erlassen und muß von dem Amtsrichter, der ihn erlassen hat, wieder aufgehoben werden, wenn nicht innerhalb der gesetzlichen Frist die Fortdauer der Untersuchungshaft von dem zuständigen Richter angeordnet worden ist. Als zuständiges Gericht kommt im Verfahren nach § 211 Abs. 1 StPO. das Schöffengericht in Betracht, weil es in dem Augenblick, in dem die Haftfrage einer Entscheidung bedarf, mit der Sache befaßt ist. Eine Verpflichtung zur Entscheidung der Haftfrage ist dem Schöffengerichte in der Prozeßordnung zwar nirgends auferlegt. Es ist vergessen worden, in den § 211 Abs. 1 StPO. eine dem § 205 Abs. 2 entsprechende Bestimmung aufzunehmen. Aber diese Verpflichtung ergibt sich daraus, daß eine solche Entscheidung in diesem Augenblicke notwendig ist und daß jede Behörde, soweit es in ihrer Macht steht, für einen geordneten Verlauf des gerichtlichen Verfahrens zu sorgen hat. Notwendig aber ist die Anordnung der Haftfortdauer in diesem Augenblicke nicht eigentlich deswegen, weil das Schöffengericht am Schlusse der Verhandlung ein Urteil erläßt, sondern deshalb, weil sich vor dem Schöffengerichte der dem Eröffnungsbeschlusse entsprechende Vorgang vollzieht, durch welchen das Vorverfahren sein Ende erreicht, ferner weil durch diesen Vorgang dem Amtsrichter zu weiteren Haftmaßnahmen die Zuständigkeit genommen wird und weil die vorgesetzte Strafkammer nichts tun kann, solange nicht Berufung eingelegt und die Aktenversendung erfolgt ist.

Aus diesen Erwägungen ist es nach meinen Erfahrungen, die sich allerdings nur auf drei Landgerichtsbezirke, darunter auf die Abteilung für Strafsachen bei dem Amtsgerichte München I erstrecken, bisher allgemeine Praxis der Schöffengerichte gewesen, im Verfahren nach § 211 Abs. 1 StPO., insbesondere wenn neben der Haftstrafe auf Ueberweisung an die Landespolizeibehörde erkannt wurde, auf Grund der Bestimmungen der §§ 112 ff. StPO. nach der in der mündlichen Verhandlung über die Fluchtgefahr gewonnenen Ueberzeugung im Urteil auch über die Haft-

frage eine ausdrückliche Entscheidung zu treffen, die im Falle der Ueberweisung natürlich ziemlich ausnahmslos zuungunsten des Verurteilten ausfallen mußte. Die irrtümliche Entscheidung einer Strafkammer dürfte es nicht rechtfertigen, von einer entgegenstehenden Praxis zu reden. Fälle, in denen das Schöffengericht trotz Ueberweisung des Verurteilten an die Landespolizeibehörde die Anordnung der Haftfortdauer unterlassen hat, sind mir in meiner staatsanwaltschaftlichen Praxis meines Erinnerns nur bei zwei Schöffengerichten und zwar je zweimal vorgekommen. Diesen Fällen lag keineswegs die Absicht zugrunde, sich mit der allgemeinen Praxis in Widerspruch stellen zu wollen. Teilweise ist offen zugegeben worden, daß es sich nur um ein Uebersehen gehandelt hat. In drei Fällen konnte meines Erinnerns die Berufungsverhandlung noch vor Beendigung des wegen der Haftstrafe eingeleiteten Strafvollzuges durchgeführt werden. In einem Falle, in welchem das nicht möglich war, hat die Strafkammer kein Bedenken getragen, auf Antrag des Staatsanwalts vor der Berufungsverhandlung zu beschließen, daß der Verurteilte nach Beendigung der Strafzeit in Untersuchungshaft zu nehmen sei.

Die Entscheidung über die Haftfortdauer gehört in den Tenor des schöffengerichtlichen Urteils. Wird sie nur in die Entscheidungsgründe aufgenommen, so dürfte dieser Schönheitsfehler der Wirksamkeit der Anordnung nicht entgegenstehen. Jedenfalls muß die Anordnung deutlich sein. Das Stillschweigen eines schöffengerichtlichen Urteils einer ausdrücklichen Anordnung der Haftfortdauer gleichzustellen ist ein Unding. Zu jeder Minute, auch für den Gang des Verurteilten vom Sitzungssaal in das Gefängnis, muß es jedem Zweifel entrückt sein, ob der Verurteilte sich in Untersuchungshaft oder in Strafhaft befindet oder ob er etwa ohne gesetzlichen Grund widerrechtlich festgehalten wird.

Unzulässig wäre es selbstverständlich, wenn ein Schöffengericht zunächst das Urteil auf Ueberweisung an die Landespolizeibehörde ohne Entscheidung über die Haftfrage verkünden, hierauf die Submissionserklärung des Verurteilten bezüglich der Strafhaft und der Ueberweisung entgegennehmen und je nach dem Inhalte der abgegebenen Erklärung dann nachträglich über die Haftfortdauer Entscheidung treffen wollte. Mit der Verkündung des Urteils ist die Tätigkeit des Schöffengerichts beendet und seine Zuständigkeit für weitere Haftanordnungen erloschen.

I. Staatsanwalt **Heldrich** in Landshut.

Zuständigkeit bei Entscheidungen über Haftung der Beamten gegenüber ihrem Dienstherrn. Das in kürzerer oder längerer Zeit zu erwartende Beamtengesetz dürfte nach dem Beispiele der Gesetze des Reichs und der übrigen Bundesstaaten sich auch mit der Frage zu befassen haben, ob die Gerichte oder die Verwaltungsbehörden den über die Haftung des Beamten gegenüber seinem Dienstherrn (Staat, Kommune 2c.) endgültig zu entscheiden haben und in welchem Umfange richterliche Entscheidung stattfindet. Die Regelung dieser für die Beamten hochwichtigen Frage ist um so dringender, als besonders in Bayern die Verhältnisse nichts weniger als einwandfrei sind und der Vergleich der dermaligen Gesetzgebung mit jener des Reichs und der anderen Bundesstaaten sich entschieden zuungunsten der bayerischen Verhältnisse gestaltet.

Auf dem fraglichen Gebiete herrscht in Bayern eine ziemliche Rechtsunsicherheit und dies deshalb, weil die hier maßgebenden gesetzlichen Bestimmungen sehr dürftig, sehr veraltet und keineswegs ein Muster von Klarheit sind.

Es treten, wie bereits erwähnt, zwei Hauptfragen hervor:

a) Sind zur Entscheidung die Gerichte oder die Verwaltungsbehörden zuständig?
b) In welchem Umfange ist die gerichtliche Zuständigkeit gegeben?

Bei Beantwortung dieser Fragen entsteht in erster Linie die Frage nach der Natur des Staatsdienerverhältnisses. Schon hier zeigen sich zwei Richtungen. Die eine legt dem Staatsdienerverhältnisse zwei Seiten, eine öffentlichrechtliche und eine privatrechtliche zugrunde und zählt zu letzterer alle aus dem staatsdienerlichen Verhältnisse entstehenden beiderseitigen Vermögensansprüche. Ihr gehören an: Laband (StR. d. d. R. I § 42), Sarwey (Das öffentl. Recht § 19/20), Pözl (BayrStR. § 182). Die andere sieht in dem Staatsdienerverhältnisse nur ein öffentlichrechtliches Verhältnis und erklärt demnach auch die Vermögensansprüche beiderseits als öffentlichrechtlich. Ihr gehört Seydel an (BayrStR. Bd. II S. 466/67).

Die Tragweite beider Anschauungen für die Zuständigkeitsfrage ist offensichtlich.

Schließt man sich ersterer Anschauung an, so ist die Zuständigkeit der Gerichte die Regel, anderenfalls die Zuständigkeit der Verwaltungsbehörden. Dr. Seydel und die Rechtsprechung des Obersten Landesgerichts schließen sich der Ansicht an, daß das Staatsdienerverhältnis vorwiegend oder ausschließlich öffentlichrechtlicher Natur ist (vgl. Seydel, BayrStR. Bd. II S. 466/7, Schierlinger, Landeszivilprozeßrecht S. 134).

Ausnahmen können nach beiden Richtungen durch besondere Gesetzesbestimmungen geschaffen werden.

Die nächste Frage ist demnach; bestehen in Bayern besondere Zuständigkeitsvorschriften über diese Streitigkeiten? Sie ist zu bejahen. Demnach entscheidet sich die Zuständigkeitsfrage in erster Linie nach ihnen.

Die zurzeit bestehenden Vorschriften sind die Hofkammerordnung von 1779 § 5 und der Novellen zur BayrGerO. vom 9. Nov. 1808 und 25. Aug. 1815.

Seydel folgert aus diesen Vorschriften den Ausschluß des Zivilrechtswegs. Allein diese Folge ergibt sich weder aus den genannten allerdings keineswegs zeitgemäßen und besonders deutlichen Gesetzen noch auch aus den von Seydel erwähnten Entscheidungen des Kompetenzsenats des Obersten Gerichtshofes und des Gerichtshofes für Kompetenzkonflikte. Aus der überwiegenden Mehrzahl der ziemlich zahlreichen Erkenntnisse [1]) ergibt sich vielmehr, daß auf Grund der vorbezeichneten Gesetze dem mit Haftung seitens des Dienstherrn in Anspruch genommenen Beamten der Rechtsweg bei den Zivilgerichten ungeachtet des Administrativdefektenerkenntnisses, nach geleistetem Ersatz insoweit zusteht, als er eine zivilrechtliche Haftung wegen Mangel eines Verschuldens bestreitet. Diesen Grundsatz hat

[1]) Vgl. Dr. Matthäus, Grenzen der zivilgerichtlich-administrativen Zuständigkeit S. 48 N. 17, N. 50, N. 20, dann GVBl. 1882 Beil. II, 1884 Beil. I, 1900 I, Entsch. des ObLG. vom 30. Juni 1889 Bl. f. RA. 26 S. 92.

das OLG. München in seiner Entscheidung vom 15. Januar 1902 (Blätter f. d. Finanzwesen Bd. X S. 292) anerkannt. Hieraus ergibt sich aber zurzeit

1. eine ziemliche Beschränkung des Rechtsweges, denn die ganze Frage des Schadens und seiner Höhe ist vorweg ausgeschlossen. Die Festsetzung dieses Teiles der Begründung der Ersatzforderung bleibt unabänderlich der Verwaltungsstelle.

2. Eine bedeutende Erschwerung des richterlichen Gehörs. Denn welchem Beamten gelingt es die oft sehr hohe Summe zuerst zu decken und dann noch die hohen Prozeßkosten aufzubringen?

3. Eine durch nichts begründete Verschiedenheit gegenüber den Verkehrsbeamten. Für diese ist weder vorgängiger Ersatz noch eine Beschränkung auf die Verschuldensfrage vorgesehen (AllhVO. vom 31. Juli 1817).

4. Wie die vielen teilweise verschiedenen Erkenntnisse zeigen, auch eine sehr unangenehme Rechtsunsicherheit der Staatsdiener und öffentlichen Diener. Ihr Wunsch, diese Mißstände durch klare und der jetzigen Rechtsauffassung entsprechende gesetzliche Vorschriften beseitigt zu sehen, bedarf keiner besonderen Begründung, um so weniger als durch Art. 60 des AG. z. BGB. die Fälle der Inanspruchnahme der Beamten durch den Dienstherrn eine bedeutende Vermehrung erhalten, indem die sämtlichen Regreßansprüche des Staates für Ersatz von Schäden an Private hinzukommen.

Der Weg, auf welchem dieses Ziel zu erreichen sein wird, ist klar gezeichnet in den Gesetzen des Reiches und der übrigen bedeutenderen Bundesstaaten, welche durch neue Gesetze die Frage in modernem Sinne dahin geregelt haben, daß dem Beamten ohne vorgängigen Ersatz und ohne Einschränkung der Rechtsweg neben dem Beschwerdewege innerhalb Jahresfrist nach Bekanntmachung des Defektenbescheides zusteht.

Schließlich sei noch eine weitere Frage erwähnt. Welche Verwaltungsbehörde erläßt den Defektenbeschluß und wer entscheidet in der Beschwerde-Instanz?

Die Anschauungen sind auch hier nicht ganz geklärt, so spricht z. B. das Urteil des OLG. München vom 15. Jan. 1902 von Festsetzung des Defektes durch den Obersten Rechnungshof. Diese Anschauung ist nicht richtig.

Die Festsetzung der Defekte erfolgt in Bayern durch die vorgesetzte Verwaltungsbehörde im administrativen Wege, nicht im Rechnungsprozesse und die Beschwerde (Rekurs) geht an das einschlägige Ressortministerium, nicht an den Obersten Rechnungshof (vgl. 28 Form. VO. vom 9. Dez. 1825, § 13 Instrukt. zur Festsetzung der militärischen Defekte).

Dieses Verhältnis kommt klar zum Ausdrucke in einem Erkenntnisse des Obersten Rechnungshofes, mitgeteilt mit Entschl. des Ministeriums des Innern vom 14. Nov. 1834 (Döll Bd. XXVII N. 284). Der gleiche Grundsatz findet sich in §§ 1 u. 16 der preuß. AllhVO. vom 24. Jan. 1844 (Meixner, Rechnungswesen des preuß. Staates).

Es wäre aber dringend zu wünschen, daß auch diese Frage sowie die nicht immer ganz leichte Abgrenzung des Administrativverfahrens vom Rechnungsprozesse überhaupt aus Anlaß der gleichfalls nicht mehr in weiter Ferne liegenden Neuorganisation des Obersten Rechnungshofes in dem hierüber zu erlassenden Komptabilitätsgesetze klar gelegt würde.

Rentamtmann Yblagger in Eichstätt.

Aus der Praxis der Gerichte.

Reichsgericht.

Zivilsachen.

I.

1. Form der Abtretung einer Eigentümergrundschuld, die aus dem nichtvalutierten Teil einer Briefhypothek entstanden ist.

2. Rechtliche Bedeutung der Vereinbarung, daß der Hypothekgläubiger die zunächst nicht valutierte Hypothek zum Zwecke der Beschaffung von Baugeld an einen Geldgeber abtreten solle. Unter welchen Voraussetzungen kann in einem solchen Falle gegenüber dem Erwerber der Hypothek geltend gemacht werden, daß Ansprüche des Gläubigers nicht entstanden seien? Behufs Errichtung eines Neubaues war der Kläger im Herbst 1903 mit dem Bauunternehmer N., dem er die Erd-, Maurer- und Zimmerarbeiten übertragen wollte, in Verbindung getreten. Er ließ auf Grund einer notariellen Schuldurkunde vom 1. Dezember 1903, worin er N. 43 000 Mk. als Darlehen zu schulden bekannte, für N. eine Hypothek von 43 000 Mk. eintragen und schloß dann am 31. Dezember 1903 mit ihm einen schriftlichen Bauvertrag, in dessen § 11 bemerkt ist, daß N. zur Sicherung für seine Ansprüche außer einer Barzahlung von 20 000 Mk. die erwähnte Hypothek erhalten solle. Da N. keine flüssigen Mittel hatte, trat er die Hypothek seinem Geldgeber, der Beklagten, am 30. Januar 1905 ab. Er selbst fiel dann in Konkurs. Die Beklagte beantragte die Zwangsversteigerung des Grundstücks und kam mit der Hypothek in dem Verteilungstermin ohne Widerspruch zum Zuge. Inzwischen hatte der Kläger in einer Urkunde vom 18. Mai 1905, worin er angab, daß N. nach der ihm bereits anderweit zuteil gewordenen Befriedigung höchstens noch 15 000 Mk. zu beanspruchen habe, von der Hypothek den angeblich zur Eigentümergrundschuld gewordenen Betrag von 28 000 Mk. sowie den Anspruch auf Herausgabe des Hypothekenbriefes 4 andern Bauhandwerkern abgetreten. Gleichwohl hat er selbst auf Grund der §§ 767, 797 Abs. 4 der ZPO. gegen die Beklagte Klage erhoben, mit der Behauptung, daß die Beklagte, in deren Kontor die Verhandlungen mit N. geführt wurden, davon Kenntnis gehabt habe, daß die Hypothek nur eine Sicherheitshypothek für N. sei. Der ursprüngliche Antrag ging dahin, die Beklagte solle anerkennen, daß ihr aus der Hypothek kein höherer Anspruch zukomme, als der dem Bauunternehmer N. nach dem Bauvertrage zustehende, und sie solle einwilligen, daß bis zur Feststellung dieser Forderung die Zwangsvollstreckung aus der vollstreckbaren Schuldurkunde, insbesondere die Zwangsversteigerung des Grundstücks aufgehoben werde. Später, nach der Durchführung der Zwangsversteigerung, hat der Kläger den Antrag gestellt, die Beklagte solle verurteilt werden, anzuerkennen, daß ihr aus der Hypothek ein Anspruch nur insoweit zustehe, als N. einen solchen zu erheben berechtigt sei, daß sie auch nur insoweit befugt gewesen sei, die Zwangsvollstreckung in das Grundstück zu betreiben; ferner solle sie verurteilt werden, an ihn oder an die 4 Zessionare 18 910.46 Mk. nebst 4% Zinsen seit dem 13. Oktober 1905 zu zahlen. Zur Begründung behauptete der Kläger unter Beweisantritt, daß die Forderung des N. höchstens 24 089.54 Mk. betrage. Die Klage wurde abgewiesen. Die Berufung wurde verworfen. Die Revision hatte Erfolg.

Gründe: 1. Die Abtretung der angeblichen Eigentümergrundschuld, die der Kläger am 18. Mai 1905 zugunsten der vier Bauhandwerker erklärt hat, erachtet der Berufungsrichter mit Recht für bedeutungslos. Die Abtretung erforderte nach § 1154 BGB. die Uebergabe des Hypothekenbriefes oder eines nach § 1152 a. a. O. gebildeten Teilbriefes (Entsch. Bd. 59 S. 316,

Bd. 63 S. 423); die Abtretung des Anspruchs auf Herausgabe des Hypothekenbriefes konnte die Uebergabe nicht ersetzen (§ 931 BGB.), weil ein solcher Anspruch vor der völligen Befriedigung des N. jedenfalls nicht bestand (vgl. Planck Anm. 3 b zu § 1145 BGB.). Nun ist allerdings auch der Anspruch auf Vorlegung des Briefes (nach §§ 1145, 896 BGB.) mit abgetreten worden. Diese Abtretung, die höchstens als Vereinbarung im Sinne des § 1117 Abs. 2 BGB. in Frage kommen könnte, entbehrt jedoch der Bedeutung schon deshalb, weil es zu einer Vorlegung des Hypothekenbriefes beim Grundbuchamt und zur Bildung eines Teilbriefes nicht gekommen ist. Ohne diese Voraussetzungen aber kann auch die Vereinbarung nach § 1117 Abs. 2 BGB. die Uebergabe nicht ersetzen.

2. Der Berufungsrichter hebt mit Recht hervor, daß § 607 Abs. 2 BGB. die Vereinbarung gestattet, daß Geldbeträge, die aus anderen Rechtsgründen geschuldet werden, als Darlehensschulden behandelt werden sollen. Daß der anderweitige, in eine Darlehensforderung umzuwandelnde Anspruch zur Zeit der Vereinbarung bereits bestehe, ist nicht notwendiges Erfordernis des § 607 Abs. 2 BGB. Es stand also nichts im Wege, für die Ansprüche, die N. aus dem Bauvertrage erwachsen sollten, eine Darlehenshypothek zu begründen. Daß N. damit gleichzeitig, wie in dem Bauvertrage hervorgehoben worden ist, wegen seiner Ansprüche gesichert werden sollte, machte die bestellte Verkehrshypothek nicht zur Sicherungshypothek im Sinne des § 1184 BGB. Nun setzt allerdings auch die Verkehrshypothek nach § 1163 BGB. voraus, daß die Forderung, für welche sie bestellt ist, zur Entstehung gelangt; geschieht dies nicht, so verwandelt sie sich in eine Eigentümergrundschuld. Aber auch hier sind, was die Zeit und die Art der Valutierung anlangt, der Privatwillkür keine Schranken gezogen. Es war also durchaus zulässig, daß der Kläger mit N., um Geld für den Bau zu beschaffen, das weder er noch N. besaß, die Vereinbarung traf, die Hypothek solle zunächst als vollwertig behandelt und zur Beschaffung von Baugeld einem Geldgeber abgetreten, das von diesem hergegebene Geld aber zur Deckung der Ansprüche des N. verwendet und soweit diese noch nicht entstanden waren, in der Baurechnung kreditiert werden. Eine solche Vereinbarung ist, wie der Berufungsrichter auf Grund des eidlichen Zeugnisses des Bauunternehmers N. festgestellt hat, bei Ausstellung der Hypothek von dem Kläger mit N. getroffen worden. Wenn N. von der eingeräumten Befugnis Gebrauch gemacht und die Hypothek durch Abtretung an die Beklagte verwertet hat, kann der Kläger dieser gegenüber keine Einwendungen wegen der Nichtvalutierung der Hypothek erheben, und zwar auch dann nicht, wenn die Beklagte von dem Sachverhalt Kenntnis hatte. Die §§ 892, 1138 BGB. kommen dann überhaupt nicht in Frage, weil die Abtretung auf der zwischen dem Kläger und N. über die Valutierung getroffenen Vereinbarung beruht. Dies setzt aber voraus, daß die Abtretung in der Tat dem getroffenen Abkommen entsprochen und daß die Beklagte gegen Abtretung der Hypothek an N. bares Geld für den Bau des Klägers gezahlt hat. Insoweit dies nicht der Fall war, kommen die gewöhnlichen Grundsätze über den Erwerb in gutem Glauben und über die Valutierung der Hypothek zur Anwendung. Nur entscheidet, weil es sich um eine Valutierung mit künftig entstehenden Ansprüchen des N. handelte, über das Vorhandensein der Valuta nicht der Zeitpunkt der Abtretung, sondern der des Abschlusses der Bauarbeiten, die N. auszuführen hatte. Auch hat der Kläger, wenn er die Nichtvalutierung behauptet, nach der feststehenden Rechtsprechung des Reichsgerichts unter allen Umständen den Beweis zu führen (vgl. Entsch. Bd. 57 S. 320, Bd. 56 S. 235, Bd. 49 S. 300). Diesen Beweis aber hat der Kläger auch angetreten. Er hat ferner die Behauptung aufgestellt und mit Beweis vertreten, daß die Beklagte an N. für den Hausbau des Klägers höchstens 15 000 Mk. bar gezahlt und 30 000 Mk. mit Forderungen verrechnet hat, die ihr gegen N. aus anderen Geschäften zustanden. Ist dies richtig und hatte die Beklagte Kenntnis auch nur davon, daß die Hypothek für die Ansprüche des N. aus dem Bauvertrage bestellt war, so durfte sie den durch Verrechnung erworbenen Teil der Hypothek nur insoweit geltend machen, als er durch Ansprüche des N. aus dem Bauvertrage mit dem Kläger wirklich gedeckt wurde. Darüber hinaus kann ihr mit Recht Arglist und Bereicherung entgegengehalten werden. (Urt. des V. ZS. vom 17. Juni 1907 V 556/06). ———n.

1016

II.

Begriff des Betriebsunternehmers im Sinne des Haftpflichtgesetzes (Unfall auf einem Anschlußgeleise). Die Aktiengesellschaft G. J. D. in B. betreibt in ihrem an der N.straße daselbst gelegenen Fabrikanwesen eine Mälzerei, zu der von dem nahen Staatsbahnhof aus ein neben der N.straße sich hinziehendes Anschlußgeleise führt. Als am 14. November 1904 der Bierführer J. F. mit einem leeren mit zwei Pferden bespannten Leiterwagen zur Mälzerei fuhr, kam hinter ihm auf dem Anschlußgeleise eine Lokomotive der Staatsbahn her, welche unter Leitung eines Bediensteten dieser Bahn einen für die Malzfabrik bestimmten Güterwagen dorthin zu verbringen hatte. Die Lokomotive fuhr dem Fuhrwerke vor, wobei der Güterwagen den Leiterwagen derart streifte, daß der darauf sitzende F. herabgeschleudert und verletzt wurde. F. machte für den Schaden den Eisenbahnfiskus haftbar, der die Verantwortlichkeit für den Unfall ablehnte, indem er bestritt, daß er als Betriebsunternehmer im Sinne des Reichshaftpflichtgesetzes zu gelten habe. Das LG. wies die Klage ab, weil nicht der Eisenbahnfiskus, sondern die Mälzerei-Aktiengesellschaft Betriebsunternehmer der Eisenbahn auf dem Anschlußgeleise sei. Aus dem gleichen Grunde wies das OLG. die Berufung des Klägers zurück. Das RG. hob das oberlandesgerichtliche Urteil auf und verwies die Sache zurück.

Gründe: Das BG. ist mit Recht davon ausgegangen, daß Betriebsunternehmer einer Eisenbahn im Sinne des § 1 des Haftpflichtgesetzes die Person ist, für deren Rechnung der Betrieb unternommen wird; es hat jedoch die rechtliche Bedeutung dieses Begriffes verkannt, und sich durch die übliche, aber bei unterscheidungsloser Anwendung leicht irreführende Umschreibung, daß der Betrieb auf Rechnung dessen geht, dem das wirtschaftliche Ergebnis zum Vorteil oder zum Schaden gereicht, auf einen falschen Weg leiten lassen. Das BG. nimmt an, das ökonomische Ergebnis des Betriebes auf dem Anschlußgeleise komme nur der Mälzerei zugute; nur sie, nicht der Beklagte habe ein wirtschaftliches Interesse an dem Betriebe, da alle von der Mälzerei auf dem Bahnwege bezogenen oder versendeten Frachtgüter der Beförderung durch die Staatsbahn bedürften und es dieser daher gleichgültig sein könne, ob die Güter auf dem Anschlußgeleise unmittelbar oder auf der Achse zu und von der Mälzerei verkehren könnten. Hierbei übersieht das BG., daß ohne Ersparung an Fracht und Umladekosten durch ein Anschlußgeleis viele gewerbliche Unternehmungen nicht errichtet würden, andere den Wettbewerb nicht bestehen oder sich nicht erweitern könnten, daß mithin durch die Anschlußgeleise der Hauptbahn beträchtliche Beförderungsgebühren anfallen, die ihr ohne solche Verbindungen vielleicht nicht zufließen würden. Hier im besonderen ist nach dem Inhalte der Akten die Malzfabrik erst erbaut worden, nachdem der Fiskus das Anschlußgeleis bewilligt hatte, und mindestens

hat der Beklagte auf eine Steigerung der Erzeugung und des Verbrauchs an Bahngütern bei der Mälzerei und damit der Frachteinnahmen durch das Anschlußgeleis rechnen dürfen. Schon aus diesem Grunde ist die Anschauung des BG. irrig, es sei das Anschlußgeleise für den Beklagten ohne jede wirtschaftliche Bedeutung; es kommt aber für die Frage, wer der Betriebsunternehmer sei, auf das wirtschaftliche Interesse der beiden Beteiligten an dem Betrieb, so wie es vom BG. verstanden wird, gar nicht an, also auch nicht darauf, ob die Mälzerei oder der Beklagte sich aus der Ausnützung des Geleises Gewinn versprochen und ob diese Erwartungen sich erfüllt haben oder nicht. Der Unternehmer hat vielmehr dann für seine Rechnung den Betrieb ausgeführt, wenn ihm die Betriebseinnahmen und Betriebsausgaben zugefallen sind. Da die Frage auftauchen kann, ob der Betrieb auf dem Anschlußgeleise nicht bloß eine Dienstleistung für die angeschlossene Fabrik war, wird noch zu prüfen sein, wem die selbständige Verfügung über den Betrieb zustand. Nach den Feststellungen des BG. war auf dem Teil des Anschlußgeleises, wo sich der Unfall zugetragen hat, unzweifelhaft der Beklagte Betriebsunternehmer; er hat mit seinen Betriebsmitteln den Betrieb bis zum Fabrikgebäude ausgeführt; er hat in Gestalt der Zustreifgebühren die Betriebseinnahmen bezogen, und die sachlichen und persönlichen Ausgaben für den Betrieb getragen; die Ansicht des BG., es habe die Mälzerei mittels der Entrichtung der Zustreifgebühren die Kosten des Betriebs bestritten, ist verfehlt. Der Beklagte hat auch nach den Bestimmungen des Vertrags mit der Mälzerei nach eigenem Ermessen die Gestaltung und Ausführung des Betriebs angeordnet, seinen Bedingungen und Weisungen hatte sich die Mälzerei zu fügen. Der Betrieb auf dem Anschlußgeleise war nicht etwa eine Dienst- und Hilfeleistung des Beklagten für die Mälzerei, der er die Betriebsmittel zur Verfügung gestellt hätte, sondern ein Teil und Ausfluß des Gesamtbetriebs der Staatsbahn. In ständiger Rechtsprechung hat das Reichsgericht angenommen, daß auf einem Anschlußgeleise bis zu dem Punkte, wohin von der Lokomotive der Hauptbahn die Wagen für das angeschlossene Werk gebracht und wo sie wieder abgeholt werden, die Hauptbahn, jenseits dieses Punktes das Werk Unternehmer des Eisenbahnbetriebes sei. (Urt. des VI. ZS. vom 27. Juni 1907). — — cht — —.

1010

III.

„Abnahme" beim Werkvertrag (§§ 638, 640 BGB.) und beim Kauf (§ 433 Abs. BGB.). Die Klägerin hat an die Beklagte einen als nicht vertretbare Sache zu betrachtenden Motorlastwagen geliefert und auf Zahlung der letzten Rate geklagt. Die Beklagte hat Widerklage auf Rückerstattung der beiden geleisteten Teilbeträge und Feststellung der Pflicht ihrer Gegnerin erhoben, ihr den aus der Instandhaltung, Ladung und Aufbewahrung des Wagens entstandenen und entstehenden Schaden zu ersetzen. Das die Klage abweisende und der Widerklage stattgebende landgerichtliche Urteil ist vom Berufungsgerichte insofern abgeändert worden, als — wegen Verjährung — auch die Widerklage abgewiesen wurde. Das Berufungsurteil wurde vom Reichsgerichte in Ansehung der Widerklage aufgehoben.

Aus den Gründen: Das BG. hat es bei der vom Landgericht ausgesprochenen Abweisung der eingeklagten Restforderung aus dem Werkvertrage belassen, dagegen die Ansprüche der Widerklage auf Wandelung, Rückzahlung der geleisteten Teilbeträge und Schadensersatz abgewiesen, weil es die von der Klägerin erhobene Einrede der Verjährung für durchgreifend erachtet. Es nimmt an, daß die Abnahme des Motorwagens von der Zweigniederlassung der Beklagten in der Zeit zwischen dem 6. und 8. Mai 1901 erfolgt sei; danach würde die Verjährungsfrist von sechs Monaten nach § 638 BGB. abgelaufen sein, da die Widerklage erst am 24. Oktober 1902 erhoben worden ist. Die Rüge der Revision, daß der Begriff der Abnahme i. S. des § 638 BGB. verkannt sei, ist begründet. Zwar gibt das BG. die Begriffsbestimmung der „Abnahme" richtig dahin an, daß unter Abnahme die tatsächliche Entgegennahme der gelieferten Sache in dem Sinne einer Annahme der Sache als Erfüllung des Lieferungsvertrages zu verstehen sei. Die weiteren Ausführungen ergeben aber, daß das BG. diese Begriffsbestimmung nicht richtig erkannt hat, da es ausspricht, daß die Abnahme i. S. d. §§ 638, 640 Abs. 1 BGB. vollständig der Ablieferung entspreche und da es eine Abnahme in der Entgegennahme des in fertigem Zustand überlieferten Motorwagens findet, wenn auch die Zweigniederlassung den Wagen nicht zu Geschäftszwecken, sondern zum Zwecke der Erprobung in selbständiger Weise habe benutzen lassen. Die Abnahme i. S. d. §§ 638, 640 BGB. ist nicht lediglich eine der „Ablieferung" (§ 477 Abs. 1, § 634 BGB., § 377 HGB.) als der körperlichen Uebergabe der Sache (vgl. RGE. v. 21. Oktober 1899 bei Holdheim 9 S. 50; RGE. Bd. 56 S. 176, 177) entsprechende Entgegennahme der Sache, also nicht gleichbedeutend mit der Abnahme i. S. d. § 433 Abs. 2 BGB. (vgl. RGE. Bd. 56 S. 175, 178; Bd. 53 S. 162); vielmehr liegt eine Abnahme des Werkes, eine Annahme als Erfüllung nur dann vor, wenn der Besteller durch sein Verhalten bei und nach der Hinnahme ausdrücklich oder stillschweigend zu erkennen gibt, daß er die Leistung als eine der Hauptsache nach dem Vertrage entsprechende Erfüllung anerkenne (vgl. RGE. Bd. 57 S. 338, 339). Hiernach ist zwar die Erwägung des BG. zutreffend, daß zum Begriff der Abnahme i. S. d. §§ 638, 640 BGB. eine die Verfügungstellung ausschließende Billigung oder Gutheißung der Sache nicht gehöre; wenn aber die Zweigniederlassung den Motorwagen zum Zwecke der Erprobung entgegennahm, so hat sie ihn nicht als Erfüllung angenommen, sondern sich die Entscheidung darüber vorbehalten, ob sie den Wagen als vertragsmäßig hergestellt anerkennen und annehmen wolle. Hätte die Zweigniederlassung den Wagen in der — wenn auch irrigen — Meinung entgegengenommen, daß er wenigstens der Hauptsache nach vertragsmäßig hergestellt sei und von ihr als eine dem Vertrage entsprechende Erfüllung angenommen werde, so würde die Abnahme erfolgt sein. Hat sie aber ihre Entschließung, ob sie den Wagen als vertragsmäßige Erfüllung annehmen könne, von dem Ergebnisse von Probefahrten abhängig machen wollen, dann kann in der äußerlichen Hinnahme des Wagens eine Abnahme i. S. d. §§ 638, 640 BGB. nicht gefunden werden. (Urt. des III. ZS. vom 7. Mai 1907, 486/06).

995 L . . . . r.

IV.

Ein Vertrag, durch den eine Gesellschaft m. b. H. Geschäftsanteile veräußert, die ihr selbst im Wege des Rechtsgeschäfts übertragen worden sind, bedarf der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung. Aus den Gründen: Die Revision bekämpft die Annahme des Berufungsgerichts, daß das Abkommen, durch welches der Kläger von der beklagten Gesellschaft ihr rechtsgeschäftlich übertragene eigene Geschäftsanteile erwerben sollte, der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung bedurfte. Die Rechtsauffassung des Berufungsgerichts ist jedoch begründet. Die Vorschrift in § 15 des Ges. vom 20. Mai 1898, betr. die Gesellschaften m. b. H., wonach es dieser Form bedarf, wenn es sich um eine Vereinbarung handelt, durch welche die Verpflichtung eines Gesellschafters zur Abtretung eines Geschäftsanteils begründet wird,

trifft auch den hier vorliegenden Fall. Die Gesellschaft m. b. H. darf nach § 33 Abs. 1 des Ges. vom 20. Mai 1898 eigene Geschäftsanteile, auf welche die Stammeinlage vollständig eingezahlt ist, für sich erwerben. Es kann dahingestellt bleiben, wie sich im einzelnen in solchem Falle die Vermögens- und sonstigen Anteilsrechte an dem von der Gesellschaft selbst erworbenen Geschäftsanteile in ihrer praktischen Ausübung gestalten. Jedenfalls findet kein Untergang dieser Anteile durch Vereinigung statt. Vielmehr bleiben grundsätzlich die von der Gesellschaft erworbenen eigenen Geschäftsanteile in ihrer rechtlichen Selbständigkeit bestehen. Insoweit ist für die Dauer der Vereinigung die Gesellschaft im Rechtssinne selbst Mitglied der Gesellschaft und sie steht bei dieser Auffassung dem Gesellschafter im Sinne des § 15 gleich. Gebilde ähnlicher Art finden sich auch sonst im Rechtsleben, so im Gebiete des Immobiliar-, des Wechsel- und des Seerechts. Es sprechen aber auch innere Gründe für die Ansicht des Berufungsgerichts. Die Vorschrift des § 15 bezweckt, durch Erschwerung der Form dem spekulativen Handel mit Geschäftsanteilen vorzubeugen. Auch dann, wenn die Gesellschaft m. b. H. im geschäftlichen Verkehr eigene Geschäftsanteile für sich erwirbt, ist es angezeigt, die Veräußerung durch die Gesellschaft an erschwerende Formen zu binden. Den dahin gehenden Ausführungen des Berufungsgerichts ist durchaus beizutreten: Einmal liegt es nahe, daß eine Gesellschaft, die in Niedergang gerät, mit ihren eigenen Geschäftsanteilen Spekulationsgeschäfte macht, indem sie jene von den über die Geschäftslage unterrichteten Gesellschaftern billig erwirbt und sie an Dritte mit Gewinn veräußert. Aber auch abgesehen davon, würde die Zulassung der Formfreiheit zur Vermittlung der Veräußerungsgeschäfte der Gesellschafter benutzt und so der Zweck der Vorschrift vereitelt werden. In Fällen, wo die Geschäftsanteile auf die Gesellschaft nicht kraft Rechtsgeschäfts, sondern kraft des Gesetzes übergehen, sei es infolge Kaduzierung, sei es infolge Abandonnierung (§§ 21, 23, 27, 28 des Ges.), — Fälle, in denen die Begründung des Gesetzes von einem Erwerbe der Gesellschaft „kraft eigenen Rechts" spricht — mögen allerdings die Formvorschriften des § 15 nach dessen Zweck nicht anwendbar sein. Indessen steht dies hier nicht zur näheren Erörterung, da es sich um solche Fälle nicht handelt. (Urt. des IV. ZS. vom 6. Mai 1907, IV 479/06).

1017 — — — n.

Oberstes Landesgericht.

A. Zivilsachen.

I.

Können Höchstbetragshypotheken für künftige Ansprüche auf Nebenleistungen nach dem bayerischen Hypothekenrecht in selbständige Hypotheken für andere Forderungen umgewandelt werden? (Bayer. Ges. vom 15 Mai 1906, die Ueberleitung von Hypotheken betr.; BGB. § 1178). Im Grundbuche des Amtsgerichts M., für dessen Bezirk seit 1. Mai 1905 das Grundbuch als angelegt anzusehen ist, auf dem Blatte für das Anwesen des Wirts Joseph Z. ist seit dem 26. Juni 1901 eine Hypothek für eine verzinsliche Darlehensforderung des Kaufmanns Ludwig W. in A. von 40000 Mk. und eine im gleichen Range stehende Höchstbetragshypothek von 4000 Mk. für Nebenforderungen aus dem Darlehen eingetragen. Diesen Hypotheken stehen mehrere für andere Gläubiger eingetragene Hypotheken im Range nach. Mit notarieller Urkunde vom 3. Juni 1907 erklärte Joseph Z., daß die Hypothek für die Nebenforderungen zum Höchstbetrage von 4000 Mk. nunmehr zur Sicherung aller Ansprüche dienen solle, die der Aktiengesellschaft „Aktienbrauerei zum L." gegenüber ihm und seinen Rechtsnachfolgern aus irgend einem Rechtsgrunde zustehen. Ludwig W. erteilte seine Zustimmung und schloß sich dem Eintragungsantrage des Z. an. Das Grundbuchamt lehnte unter Hinweisung auf das Gesetz vom 15. Mai 1906, betr. die Ueberleitung von Hypotheken, die Eintragung ab. Das LG. hat sich der Anschauung des Grundbuchamts angeschlossen und die Beschwerde des Ludwig W. zurückgewiesen. Auch dessen weitere Beschwerde ist vom ObLG. zurückgewiesen worden.

Aus den Gründen: Nach dem BGB. liegt der Hypothek eine Eigentümergrundschuld zugrunde (??? Der Herausgeber), der in der Hypothek gemäß § 1113 BGB. die Bestimmung gegeben ist, daß die aus dem Grundstücke zu zahlende Geldsumme (§ 1191) dem Gläubiger Befriedigung wegen einer ihm zustehenden Forderung verschaffen soll. Wenn sich diese Bestimmung erledigt, ohne daß die Hypothek erlischt, wird die ihr zugrunde liegende Eigentümergrundschuld frei (§§ 1163, 1168, 1170, 1171, 1177 BGB.), der Eigentümer kann über sie verfügen und sie gemäß § 1198 in eine Hypothek umwandeln. Die Vorschrift des § 1180 BGB., die dem Eigentümer gestattet, mit Zustimmung des bisherigen Gläubigers die Hypothek für eine andere Forderung zu bestimmen, knüpft an diese Rechtsgestaltung an und gibt ihr eine weitere Entwicklung, indem sie den Beteiligten für die Herbeiführung des gleichen Erfolgs eine vereinfachte Form bietet. Sie ist daher nur eine Folgerung aus dieser Rechtsgestaltung. Da die im Range gleich- oder nachstehenden Gläubiger, wenn die Eigentümergrundschuld frei wird, nicht aufrücken, werden ihre Rechte durch die gemäß § 1180 vollzogene Rechtsänderung nicht berührt; ihre Zustimmung ist daher nicht erforderlich; aus dem gleichen Grunde ist sie in den Fällen der Umwandlung einer Sicherungshypothek in eine gewöhnliche Hypothek oder einer gewöhnlichen Hypothek in eine Sicherungshypothek gemäß § 1168 für entbehrlich erklärt. Die Höchstbetragshypothek für künftige Ansprüche auf Nebenleistungen, deren Bestellung unter der Herrschaft des bayer. HypG. wegen der beschränkten gesetzlichen Haftung des Grundstücks für solche Leistungen üblich geworden war, bestand als selbständige Hypothek neben der Hypothek für die Hauptforderung und hatte gemäß Art. 192 EG. z. BGB. von der Zeit an, in der das Grundbuch als angelegt anzusehen war, als eine Sicherungshypothek des neuen Rechts zu gelten, auf welche die Vorschriften des BGB. über die Eigentümerhypothek Anwendung fanden (Neue Samml. Bd. 6 S. 417, 420, 421). Das bayer. Ges. vom 15. Mai 1906, betr. die Ueberleitung von Hypotheken (GVBl. S. 190), verfolgt den Zweck, die nachstehenden Hypothekgläubiger vor der Beeinträchtigung ihres Ranges zu bewahren, die daraus folgen würde, daß die für künftige Nebenleistungen neben der Hypothek für die Hauptsache bestehenden Hypotheken des früheren Rechts eine Eigentümergrundschuld als Grundlage erhielten. Zu diesem Zwecke will es die Anwendung der Vorschriften des BGB. über die Eigentümerhypothek auf solche Nebensachehypotheken vollständig ausschließen und diesen die in § 1178 BGB. der Hypothek für Rückstände von Zinsen und andern Nebenleistungen bestimmte Rechtslage zuweisen. Zur Verwirklichung des Zweckes schreibt das Gesetz vor, daß die Hypothek für Nebenleistungen erlischt, wenn sie sich nach dem Inkrafttreten des Gesetzes mit dem Eigentum in einer Person vereinigt, und daß sie überdies durch eine vor seinem Inkrafttreten erfolgte derartige Vereinigung als erloschen gelten soll, wenn nicht ein Dritter nach der Vereinigung durch Rechtsgeschäft ein Recht an der Hypothek erworben hat. Soweit nicht ein dem Vorbehalt entsprechender Erwerb dritter Personen in Betracht kommt, ist demnach für eine Anwendung der Vorschriften des BGB. über die Eigentümerhypothek auf die Nebensachehypotheken des älteren Rechts kein Raum gelassen. Mit der Anwendung dieser Vor-

schriften sind auch die Folgen ausgeschlossen, die sich für die Hypothek des BGB. daraus ergeben, daß ihr eine Eigentümergrundschuld zugrunde liegt. Der Eigentümer ist gegenüber den nachstehenden Gläubigern nicht der künftige Berechtigte, dem die Hypothek bei Erledigung ihrer ursprünglichen Bestimmung zufällt; er kann sie deshalb nicht gemäß § 1180 BGB. zum Nachteile dieser Gläubiger für eine andere Forderung bestimmen; das Anfallsrecht, vermöge dessen ihm diese Befugnis zustehen würde, ist durch das Ueberleitungsgesetz beseitigt. Dadurch ist entsprechend der Absicht des Gesetzes für die Nebensachehypothek des früheren Rechtes die gleiche Rechtslage hergestellt, die nach § 1178 BGB. in Ansehung der Hypothek für rückständige Nebenleistungen besteht. Da diese Folgen sich mit Notwendigkeit aus den Vorschriften des Gesetzes ergeben, war ihre Hervorhebung im Gesetzestexte nicht geboten. (Beschl. des FerZS. vom 24. Juli 1907; Reg. III 51/1907). W.

1024

II.

Notwendigkeit der Genehmigung des Gegenvormunds oder Vormundschaftsgerichts zur Hypothek-löschungsbewilligung des Vormunds (BGB. § 1812, § 1813 Abs. 1 Nr. 2, § 1821 Abs. 2). In einer am 18. Juni 1907 bei dem Grundbuchamt A eingereichten, notariell beglaubigten Erklärung vom 31. Mai 1907 haben die Erben der Lehrerswitwe Philippine H. von K., der Sohn Heinrich H. und der Vormund der ledigen wegen „Geistesgestörtheit" entmündigten Tochter Katharina H. die Löschung einer zugunsten der Philippine H. auf dem Grundbuchblatte des Tagners Jakob B. in W. eingetragenen Hypothek bewilligt und beantragt, „nachdem diese Forderung durch den Schuldner und Eigentümer bezahlt ist". Erbschein, Bescheinigung über die Bestellung des Vormundes und die Zustimmungserklärung des Eigentümers wurden am 18. und 19. Juni 1907 nachgebracht. Das Grundbuchamt erließ eine Verfügung des Inhalts, daß der Antrag des Vormunds auf Löschung der für Philippine H. eingetragenen Sicherungshypothek der Genehmigung des Gegenvormunds und, falls ein solcher nicht vorhanden sei, des Vormundschaftsgerichts bedürfe, und daß den Antragstellern zur Hebung des Hindernisses eine Frist bis zum Ablaufe des 5. Juli 1907 bestimmt werde. Die Beschwerde der Antragsteller wurde zurückgewiesen. Vom ObLG. wurde auch die weitere Beschwerde mit nachstehender Begründung zurückgewiesen. Kommt die Löschung einer Hypothek in Frage, die für die Forderung eines Mündels bestellt ist, und erklärt der Vormund in der Quittung oder Löschungsbewilligung, daß die Forderung an ihn bezahlt worden ist, so steht fest, daß er über das Recht des Mündels verfügt hat, und zwar jedenfalls durch die Annahme der geschuldeten Leistung. Hierzu bedarf er nach §§ 1812, 1821 Abs. 2 BGB. — von den Ausnahmefällen der §§ 1813, 1819, 1852 zunächst abgesehen — der Genehmigung des Gegenvormunds oder, falls ein solcher nicht vorhanden ist, der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts. Ist diese Genehmigung erteilt worden, so ist zur Quittungsleistung oder Löschungsbewilligung eine neue Genehmigung gleicher Art nicht erforderlich. Denn es ist, mag man nun die Erteilung der Quittung in diesem Falle als Verfügung über die Forderung ansehen oder nicht, davon auszugehen, daß derjenige, der die Annahme der geschuldeten Leistung genehmigt, damit stillschweigend auch das Empfangsbekenntnis gutheißt, das der Schuldner nach dem Gesetze verlangen und bei dessen Verweigerung er die Leistung zurückbehalten kann. Das Grundbuchamt kann deshalb den rechtsförmlichen Nachweis dafür verlangen, daß die nach § 1812 BGB. erforderliche Genehmigung zur Löschungsbewilligung und Quittungsleistung oder doch wenigstens zur Annahme des geschuldeten Betrags erteilt worden ist. Beträgt der Anspruch des Mündels nicht mehr als 300 Mk., so bedarf der Vormund nach § 1813 Abs. 1 Nr. 2 BGB. zur Annahme der geschuldeten Leistung — einschließlich der Quittungserteilung und Löschungsbewilligung — einer Genehmigung überhaupt nicht. Ist dagegen die hypothekarisch gesicherte Forderung des Mündels nach der zum Zwecke der Löschung abgegebenen Erklärung des Vormunds nicht an diesen, sondern an einen von ihm nicht bevollmächtigten Dritten, z. B. an den im Grundbuch noch als Gläubiger eingetragenen Erblasser des Mündels, bezahlt worden, so muß dem Grundbuchamt regelmäßig die Genehmigung des Gegenvormunds oder falls ein solcher nicht vorhanden ist, die des Vormundschaftsgerichts zu jener Erklärung nachgewiesen werden, weil die Erklärung hier nach den Umständen des Falles nicht bloß ein als Beweismittel dienendes Empfangsbekenntnis, sondern das Anerkenntnis des Vormunds bedeutet, daß das Schuldverhältnis nicht mehr bestehe, und weil dieses Anerkenntnis zweifelsohne eine Verfügung über das Recht im Sinne des § 1812 BGB. ist. Dies gilt auch, wenn der hypothekarisch gesicherte Anspruch nicht mehr als 300 Mk. beträgt. Denn die Ausnahmebestimmung des § 1813 Abs. 1 Nr. 2 BGB., die den Vormund für die Annahme der geschuldeten Leistung von der Genehmigung des Gegenvormunds befreit, duldet keine ausdehnende Auslegung zugunsten anderweiter Verfügungen des Vormunds. Die Fälle, in denen von dem Vormund nachträglich Quittung oder Löschungsbewilligung in Bezug auf eine Zahlung verlangt wird, die nicht an ihn erfolgt ist, sind auch nicht so häufig, daß durch die Einholung der Genehmigung die Führung der Vormundschaft erschwert würde. Die am 18. Juni 1906 bei dem Amtsgericht A. eingelaufene Löschungsbewilligung enthält nur die Erklärung der Antragsteller, daß die Forderung von 200 Mk. von dem Schuldner und Eigentümer bezahlt ist. Das Grundbuchamt durfte nicht ohne weiteres annehmen, daß der Anteil des Mündels an der Forderung an den Vormund bezahlt und daß demzufolge der Ausnahmefall des § 1813 Abs. 1 Nr. 2 BGB. gegeben sei Mit Vermutungen kann sich der Grundbuchrichter nicht befassen; die Vermutung würde übrigens dafür sprechen, daß der Vormund die Leistung nicht selbst in Empfang genommen hat, da er sonst diesen für ihn günstigen Umstand erwähnt haben würde. Angesichts der Möglichkeit, daß die Zahlung nicht an den Vormund erfolgt ist, hat das Grundbuchamt mit Recht den Nachweis der Genehmigung des Gegenvormunds oder des Vormundschaftsgerichts verlangt. (Beschluß des FerZS. vom 10. August 1907; Reg. III 54/1907). W.

1026

III.

Die Anmeldung inländischer Zweigniederlassungen ausländischer Aktiengesellschaften zum Handelsregister liegt den Vorstandsmitgliedern ob. Ordnungsstrafen (HGB. §§ 13, 14, 201; FGG. § 136). Die englische Aktiengesellschaft „The P. W. C." mit dem Sitze in London, deren Unternehmen in dem Betriebe der Wasserwerke in dem in Bayern gelegenen P. besteht und nach der Satzung auf die Versorgung anderer Städte Bayerns mit Wasser erstreckt werden kann, hat als ihren „Repräsentanten und Geschäftsführer" für den Betrieb der Wasserwerke in P. den Direktor Albert W. dort mit der Befugnis aufgestellt, alle Handlungen vorzunehmen, die mit dieser Angelegenheit in Verbindung stehen. Nach der ihm am 9. April 1883 von den damaligen Vorstandsmitgliedern namens der Gesellschaft erteilten notariellen Vollmacht soll er auch ermächtigt sein, „die Eintragung der Gesellschaft in das Handelsregister zu bewirken und zu diesem Zwecke alle nötigen Dokumente und Schriften und Register zu unterzeichnen". Eine Anmeldung zum Handelsregister ist bisher nicht erfolgt, Albert W.

glaubt, daß die Anmeldung nicht geboten sei, weil die Gesellschaft keinen anderen Geschäftsbetrieb als den der Wasserwerke in P. habe, ihre dortige Niederlassung daher nicht eine Zweigniederlassung, sondern die Hauptniederlassung sei und der § 201 Abs. 5 HGB. für ausländische Aktiengesellschaften nur die Anmeldung einer Zweigniederlassung vorschreibe. Das Amtsgericht P. als Registergericht erachtet die Niederlassung in P. für eine Zweigniederlassung und hat, weil die zur Anmeldung verpflichteten Vorstandsmitglieder als Ausländer der Zwangsgewalt des inländischen Gerichts nicht unterworfen seien, gegen Albert W. das Ordnungsstrafverfahren eröffnet. Es sind gegen Albert W. zwei Strafen von je 100 Mk. und eine Strafe von 200 Mk. rechtskräftig festgesetzt worden. Am 3. April 1907 wiederholte das Registergericht unter Androhung einer Ordnungsstrafe von 300 Mk. die Aufforderung an Albert W., die Zweigniederlassung anzumelden oder die Unterlassung mit Einspruch zu rechtfertigen. Albert W. erhob Einspruch und begründet ihn damit, daß die Gesellschaft in P. nicht eine Zweigniederlassung, sondern den einzigen Geschäftsbetrieb habe. Der Einspruch wurde verworfen, zugleich wurde die Ordnungsstrafe von 300 Mk. festgesetzt. Die sofortige Beschwerde des W. wurde zurückgewiesen. Auf seine weitere Beschwerde hat das Oberste Landesgericht die Entscheidungen der Vorinstanzen und die früher festgesetzten Strafen aufgehoben.

Aus den Gründen: Die von dem Beschwerdeführer versuchte Begründung ist allerdings verfehlt, sie beruht auf Verkennung des Begriffs der Hauptniederlassung einer Aktiengesellschaft. Bei der Aktiengesellschaft gilt der durch die Satzung bestimmte Sitz der Gesellschaft, der örtliche Mittelpunkt ihres Unternehmens und ihrer Verwaltung, als Hauptniederlassung. Eine andere Hauptniederlassung kann sie nicht haben, jede andere Niederlassung steht in einem Abhängigkeitsverhältnisse zu dem Sitze der Gesellschaft; sie ist dem Vorstand untergeordnet. Das HGB. (§§ 198, 200, 201) kennt deshalb neben dem Sitze der Gesellschaft nur Zweigniederlassungen. Deshalb kann eine ausländische Aktiengesellschaft eine inländische Hauptniederlassung begrifflich nicht haben, die inländische Niederlassung ist Zweigniederlassung, auch wenn der den Gegenstand des Unternehmens der Gesellschaft bildende Geschäftsbetrieb nur im Inlande stattfindet. Nach § 13 HGB. muß deshalb die Gesellschaft bei dem Amtsgerichte P. zur Eintragung in das Handelsregister angemeldet werden. Gleichwohl können die Entscheidungen der Vorinstanzen nicht aufrecht erhalten werden. Die Verpflichtung zur Anmeldung liegt nach § 201 Abs. 1 HGB. den sämtlichen Vorstandsmitgliedern ob. Ein Handlungsbevollmächtigter der Gesellschaft ist als solcher nicht berechtigt, die Anmeldung zu bewirken, die Gesellschaft kann ihm auch nicht die Befugnis dazu einräumen, weil die Anmeldung nicht Gesellschaftsangelegenheit, sondern persönliche Verpflichtung der einzelnen Vorstandsmitglieder ist[1]). Dies gilt auch für ausländische Gesellschaften. Die gegenteilige Meinung von Staub, HGB. 8. Aufl. Bd. 1 Anm. 34 zum § 201 S. 689 findet im Gesetze keine Stütze. Die Vorstandsmitglieder können zwar die Anmeldung durch einen Bevollmächtigten bewirken lassen, aber abgesehen davon, daß von einer Bevollmächtigung des W. durch die gegenwärtigen Vorstandsmitglieder nichts bekannt ist, geht nicht mit der Annahme der Vollmacht und des Auftrags zur Bewirkung der Anmeldung die Verpflichtung zur Anmeldung auf den Bevollmächtigten über, das Ordnungsstrafverfahren ist daher nach § 14 HGB., wenn der Bevollmächtigte dem Auftrage nicht nachkommt, nicht gegen ihn zu richten. Die Gesetzgebung hat davon abgesehen, für den Fall, daß ein Vorstandsmitglied einer inländischen oder einer ausländischen Gesellschaft sich im Auslande befindet, durch besondere Vorschriften dafür zu sorgen, daß es zur Erfüllung der Anmeldungspflicht wirksam angehalten werden kann. Da der Beschwerdeführer zur Anmeldung der Gesellschaft nicht verpflichtet ist, muß seiner weiteren Beschwerde stattgegeben werden. Die Aufhebung ist gemäß § 136 Abs. 1 FGG. auf die schon rechtskräftig festgesetzten Ordnungsstrafen zu erstrecken, weil das Verfahren von vorneherein nicht hätte eröffnet werden sollen. (Beschl. des I. ZS. vom 10. Juli 1907; Reg. III 46/1907). W.

[1]) Vgl. die Entscheidung des Obersten Landesgerichts vom 17. September 1906 in Nr. 5 dieses Jahrgangs der Zeitschrift S. 111.

1036

IV.

Erbrecht der Brautkinder gegenüber ihrem Vater und dessen Verwandten (Gemeines Recht). Durch Ausschlußurteil des Amtsgerichts G. vom 17. Dez. 1906 ist der Bauerssohn Otmar S. von H. für tot erklärt und als Zeitpunkt des Todes der 17. Dez. 1906 festgestellt worden. Sein Nachlaß ist ein Sparkasseguthaben. Der Sattler Jakob S. in K. hat dem Nachlaßgericht als gesetzliche Erben sich selbst, seinen Bruder Michael S., drei Kinder seines verstorbenen Bruders Joseph S. und vier Kinder seiner verstorbenen Schwester Marie K. bezeichnet. Er berief sich auf pfarramtliche Zeugnisse, nach denen sein Vater Sebastian S. am 30. Dez. 1811 in M. als uneheliches Kind der Söldnerstochter Marie R. von dort und des am 18. Aug. 1786 geborenen Bauerssohns Christoph S. von H. geboren worden und Christoph S. nach glaubwürdigen Zeugnissen während des russischen Feldzugs im August 1812 in Polen verstorben ist, und gab an, Christoph S. sei der ältere Bruder des Otmar S. gewesen und habe das uneheliche Kind Sebastian mit Marie R. als deren Verlobter erzeugt, die Eheschließung sei durch seinen Tod verhindert worden. Als Brautkind habe Sebastian S. gegenüber seinem natürlichen Vater und dessen Verwandten dieselben Rechte wie ein eheliches Kind gehabt. Andere erbberechtigte Personen seien nicht vorhanden. Michael S. hat die Erbschaft ausgeschlagen. Jakob S. hat die Erteilung eines gemeinschaftlichen Erbscheins beantragt. Das Nachlaßgericht hat den Antrag abgewiesen, weil nach dem gemeinen Rechte Brautkinder zwar gegenüber dem Vater aber nicht gegenüber dessen Verwandten erbberechtigt gewesen seien. Die Beschwerde des Jakob S. wurde zurückgewiesen, weil nach gemeinem Rechte den Brautkindern kein Erbrecht gegenüber dem Vater und dessen Verwandten zustehe. Auch seine weitere Beschwerde wurde zurückgewiesen.

Aus den Gründen: Im Gebiete des gemeinen Rechtes bestand eine weitverbreitete, jedoch keineswegs allgemein anerkannte Uebung, welche die Brautkinder unter gewissen Voraussetzungen den ehelichen (oder durch nachfolgende Ehe legitimierten) Kindern allgemein oder wenigstens in Ansehung der Erbfolge in den väterlichen Nachlaß gleichstellte. Auch in den Lehrbüchern gehen die Meinungen in dieser Frage auseinander. Die rechtliche Stellung der Brautkinder war nach den Anmerkungen zum LR. (T. I, 3 § 2 Nr. 6) schon um die Mitte des 18. Jahrh. streitig. In der bayerischen oberstrichterlichen Rechtsprechung hat sich kein Fall ermitteln lassen, in dem die Gleichstellung der Brautkinder mit ehelichen Kindern anerkannt ist. In einem Urteile des vormaligen Oberappellationsgerichts vom 27. Juni 1842 (Blätter f. RA. Bd. 8 S. 107) ist unter Berufung auf zwei gemeinrechtliche Schriftsteller gelegentlich bemerkt, „daß in der Praxis der Grundsatz aufgestellt zu werden pflegt, daß in dem Falle, wenn auf ein gültiges Eheverlöbnis der Beischlaf erfolgt ist, die Ehe aber aus Schuld oder wegen des Todes des Bräutigams nicht vollzogen werden

kann, durch richterlichen Ausspruch die Ehe zum Vorteile der Braut und ihres Kindes für vollzogen erklärt und letzterem die Rechte eines ehelichen Kindes beigelegt werden können", die Entscheidung betraf aber nicht ein Brautkind, sondern ein nach der Eheschließung zwischen der Mutter und dem angeblichen Vater geborenes Kind. Dagegen hat der vormalige Oberste Gerichtshof in einem Erkenntnisse vom 25. Nov. 1876 (Aeltere Samml. v. Entsch. Bd. 6 S. 466, SeuffA. Bd. 32 Nr. 252) bei dem Mangel übereinstimmender Rechtsprechung in den einzelnen Gebieten des gemeinen Rechtes das Bestehen eines als Ausdruck eines allgemeinen Gewohnheitsrechts anzusehenden Gerichtsgebrauchs verneint. In demselben Sinne hat sich das Reichsgericht in einem Urteile vom 28. Okt. 1881 (Entsch. Bd. 5 S. 168) ausgesprochen. Der Senat findet keinen Grund, von dieser Rechtsansicht abzuweichen. Es handelt sich um eine Rechtsbildung, die zwar vielfach Anklang gefunden aber nicht die allgemeine Rechtsüberzeugung für sich gewonnen und deshalb sich nicht zu einem gemeinen Gewohnheitsrecht entwickelt hat. (Beschluß des I. ZS. vom 28. Juni 1907; Reg. III 43/1907).
1003 W.

B. Straffachen.

Beschränkung des Strafantrages auf einen einzigen Punkt eines Zeitungsartikels. Widerspruch zwischen dem Sitzungsprotokoll und den Entscheidungsgründen. Der Privatkläger veröffentlichte in einer Fachzeitschrift zur Abwehr gegen einen Konkurrenten, den Privatbeklagten, einen Artikel in 3 Abteilungen a, b und c. In den Entscheidungsgründen des schöffengerichtlichen Urteils ist erwähnt, daß sich die in der Hauptverhandlung erhobene Widerklage auf die unter a, b und c aufgeführten Wendungen beziehe. Das SchG. erachtete die Aeußerung unter a für ein Vergehen der Beleidigung und verurteilte den Privatkläger und Widerbeklagten hierwegen. Dagegen fand es in der Kundgebung unter b objektiv keine Beleidigung, wohl aber in jener unter c. Mit Rücksicht auf den erbrachten Wahrheitsbeweis wurde aber die Strafbarkeit verneint. Im Sitzungsprotokoll ist beurkundet, Angeklagter erhebe Widerklage, weil ..... (folgt Beschreibung der Aeußerung, wie sie in dem Artikel unter c enthalten ist). Die Zeugen wurden auch über diese Aeußerung vernommen. In einem vor dem Verhandlungstermine eingelaufenen Schriftsatze hatte der Angeklagte die unter a, b und c erwähnten Aeußerungen als Beleidigungen bezeichnet und angefügt, er werde „dieserhalb in der Sitzung Widerklage gegen den Privatkläger erheben". Angeklagter und Widerbeklagter wurden vom SchG. verurteilt. Nur der Widerbeklagte legte Berufung ein und zwar nur insoweit als er verurteilt wurde. Die Strafkammer hob auch insoweit das schöffengerichtliche Urteil auf und stellte das Verfahren gegen den Widerbeklagten ein unter Ueberbürdung aller Kosten auf den Angeklagten. Sie erachtete nur das Sitzungsprotokoll als maßgebend bezüglich der Frage, welche Aeußerungen des Widerbeklagten zum Gegenstande der Widerklage gemacht worden seien; hiernach komme aber nur die Aeußerung unter c in Betracht. Eine Verurteilung wegen der Aeußerung unter a sei mangels eines Strafantrages unzulässig; eine Nachprüfung der Frage, ob bezüglich der Aeußerung unter c mit Recht die Verurteilung des Widerbeklagten unterblieben sei, hielt sie für ausgeschlossen, weil der Angeklagte (Widerkläger) das schöffengerichtliche Urteil nicht angefochten habe. Die Revision des Angeklagten (Widerklägers) wurde verworfen.

Aus den Gründen: Vom Ermessen des Verletzten hängt es ab, ob er seinen Strafantrag auf das Schriftstück nach seinem vollen Inhalte oder nur auf einzelne Teile richten will. Beschränkt er seinen Antrag ausdrücklich auf bestimmte Punkte, so ist die Verfolgung wegen des sonstigen Inhaltes ausgeschlossen. Aus dem Sitzungsprotokolle des SchG. geht deutlich hervor, daß die Widerklage nur wegen der Aeußerung unter c erhoben und nur hierüber Beweis angeboten und erhoben wurde. Vor Abhaltung des Termines wurde eine Widerklage nicht erhoben, sondern nur angekündigt. Die Strafkammer hat die Annahme der Entscheidungsgründe, die Widerklage sei auch wegen der Aeußerungen unter a und b erhoben, für unrichtig erklärt. In dieser Richtung ist die Revision unzulässig nach §§ 376, 380 StPO., denn die Frage, ob im Falle eines Widerspruchs zwischen dem Sitzungsprotokoll und den Entscheidungsgründen des Urteils über Vorgänge in der Hauptverhandlung das Protokoll oder die Entscheidungsgründe maßgebend seien, ist keine materiellrechtliche Frage. Die als verletzt bezeichneten §§ 274 und 428 StPO. sind im wesentlichen prozessualer Natur. Hiernach ist die Feststellung, die Widerklage sei nicht wegen der unter a und b aufgeführten Aeußerungen erhoben worden, für das Revisionsgericht bindend. Mangels eines Strafantrages war die Verurteilung bezüglich des Punktes a unzulässig. (Urt. vom 20. Juni 1907; RevReg. Nr. 266/07).
993 H.

Oberlandesgericht München.

Nichtanwendbarkeit des § 101 GKG. auf § 794 II ZPO. für den Fall eines Anerkenntnisurteils. Durch Anerkenntnisurteil waren die Eheleute F. im Wechselprozeß gesamtverbindlich zur Zahlung von 20000 Mk. verurteilt worden. Außerdem enthielt das Urteil den Ausspruch, daß der Mann die Zwangsvollstreckung in das eingebrachte Gut der Frau zu dulden habe. Dieses Urteil wurde mit einer Gebühr von 25 Mk. 20 Pf. gemäß § 21 GKG. ($^3/_{10}$) bewertet. Die Revision ordnete die Nacherhebung von 34 Mk. 80 Pf. an, weil ein Vergleich mit dem Inhalte des Urteils außerhalb des Rechtsstreits nur bei notarieller Beurkundung wirksam gewesen wäre, da das Urteil die Verurteilung zur Duldung der Vollstreckung in das eingebrachte Gut enthalte. Es sei daher der Mehrbetrag der Gebühr für eine Notariatsurkunde gleichen Inhalts neben der Vergleichsgebühr zu erheben (§ 101 GKG.). Kläger erhob Erinnerungen. Das LG. entschied, daß die Erhebung der Zusatzgebühr unberechtigt sei.

Gründe: Gemäß § 101 GKG. ist eine Zusatzgebühr zur Entscheidungsgebühr des § 23 GKG. zu erheben, wenn für die auf Grund eines Anerkenntnisses erlassene Entscheidung weniger zu erheben sein würde, als die Gebühr, welche nach den Landesgesetzen für einen außerhalb des Rechtsstreites geschlossenen Vergleich zu erheben wäre. Unter einem solchen Vergleich versteht das Gesetz einen außerhalb des Rechtsstreites wirksam geschlossenen Vergleich. Der Abschluß eines Vergleichs ist nach § 779 BGB., abgesehen von einigen Ausnahmen, formfrei, und ohne notarielle Beglaubigung wirksam. Durch einen formlosen Vergleich hätten die Beklagten sich wirksam zur Zahlung von 20000 Mk. und der beklagte Mann zur Duldung der Zwangsvollstreckung in das eingebrachte Gut verpflichten können. Der Annahme der Regierung, daß ein Vergleich, worin der Mann die Duldung der Zwangsvollstreckung in das eingebrachte Gut zugesteht, zur Wirksamkeit der notariellen Beurkundung bedürfe, war nicht beizustimmen. Denn von der notariellen Beurkundung ist nur die Vollstreckbarkeit eines solchen Vergleichs abhängig (§ 794 Abs. II ZPO.), welche mit der Wirksamkeit nicht gleichbedeutend ist. Die Regierung, Kammer der Finanzen, erhob Beschwerde zum Oberlandesgerichte. Sie wurde zurückgewiesen.

Gründe: I. Die Begründung der Novelle zur ZPO. von 1898 läßt ersehen, daß die Neufassung des § 794, im Besonderen des Abs. 2, den Gläubiger in

die Lage bringen wollte, gegen den zur Duldung der Vollstreckung Verpflichteten auf einfachem Wege einen vollstreckbaren Titel zu erlangen und so die Kosten des Prozesses zu vermeiden. Mit dieser Absicht ist es zwar nicht unvereinbar, daß in einzelnen Fällen das neue Mittel kostspieliger ist als der Prozeßweg, immerhin weist aber jene Begründung im Vereine mit der unveränderten Fassung des § 101 GKG. darauf hin, daß die Gesetzgebung aus § 739 ZPO. nicht eine neue Gebührenquelle herleiten, daß sie vielmehr den Beteiligten Kosten möglichst ersparen wollte. Auch das bayer. GebG. hat auf diesem Gebiete in keiner der seit 1892 eingetretenen Wandlungen eine fiskalische Tendenz erkennen lassen. Das berechtigt zu der Annahme, daß in Zweifelsfällen § 101 GKG. ebenso, wie die dort erwähnten Landesgesetze, eher einschränkend, als ausdehnend auszulegen ist.

II. Im vorliegenden Falle hätte ein Vergleich nach § 794 Abs. 2 ZPO. eine Reihe von Streitpunkten zu erledigen gehabt, welche die Klagsbeantwortung ersehen läßt. Einer dieser Punkte betraf den Güterstand der Eheleute F. und die Duldungspflicht des Mannes. Hauptpunkte waren die Ordnungsmäßigkeit des Wechsels und die wechselmäßige Mithaftung der Frau. Ein Anerkenntnis hinsichtlich dieser Hauptpunkte konnte formlos erfolgen. Die Duldungserklärung gemäß § 794 Abs. 2 ZPO. bedurfte allerdings der notariellen Beurkundung. Allein es ist der Beschwerdeführerin nicht zuzugeben, daß sie notwendig in einem Akte mit den übrigen Anerkenntnissen und in Vertragsform hätte beurkundet werden müssen. Gewährt z. B. ein Gläubiger im Vertragswege dem Schuldner die Stundung eines fälligen Kapitals unter der Bedingung der Hypothekbestellung, so ist dieser Vergleich wirksam. Schließen zwei Nachbarn einen Vergleich über schuldrechtliche Streitigkeiten von hohem Betrag und verlangt hierbei der eine, daß ihm der andere eine kleine Landparzelle abtrete, die er schon längst haben wolle, so kann die Abtretung zweifellos im Nachgang zu dem im obligatorischen Teil formlos wirksamen Vergleiche gesondert vor dem Notar verlautbart werden. Nur wenn der Hauptgegenstand des Vergleiches Materien betrifft, die dem Formzwang unterliegen (Immobilienkauf, Verfügung eines Miterben über seinen Nachlaßanteil) muß der ganze Vergleich notariell beurkundet werden. § 101 GKG. will nur dem Bestreben entgegentreten, solche Vereinbarungen der landesgesetzlichen Besteuerung in der Weise zu entziehen, daß sie unter dem Schutze des Prozeßvergleiches mit den niedrigen Gerichtstaxen davonkommen: er will aber nicht eine Handhabe dafür bieten, daß eine Abmachung, die zur Vollstreckbarkeit in einem Nebenpunkte der gerichtlichen oder notariellen Form bedarf, um dieses Nebenpunktes willen ihrem gesamten Inhalte nach form- und abgabenpflichtig gemacht wird.

Auf Grund der Entscheidung des ObLG. vom 18. Dezember 1905 (V, 33/05) will die Beschwerdeführerin weiterhin für die Erklärung des Ehemannes die Vertragsform fordern. Die Begründung dieser Entscheidung ist nicht unbedenklich; immerhin kann zugegeben werden, daß in dem von ihr behandelten Falle die Wechselseitigkeit der zwischen dem Gläubiger und dem Ehemann im Interesse des Kredits der Ehefrau eingeleiteten Beziehungen eine „Einigung" erfordert haben mag. Hier dagegen stand der Mann schon infolge der gemeinsamen Wechselzeichnung dem Kläger als Mitschuldner gegenüber. Da die Gesamthaftung des Vermögens beider Eheleute schon bestand, war seine Erklärung nur ein nebensächlicher Verzicht auf die aus dem Verwaltungs- und Nutznießungsrechte herzuleitenden Einwendungen gegen den Gläubiger. Verzichte dieser Art können in Gegenständen des Familienrechts ebenso wie in jenen des Sachenrechtes durch einseitige Erklärung vor der Urkundsperson erfolgen. Der Mann, der in die Vollstreckung gegen das Frauengut gemäß § 794 Abs. 2 ZPO. einwilligt, verspricht damit nur ein passives Verhalten; eine Annahmeerklärung des Gläubigers ist nicht erforderlich. Die Ausführung der Beschwerde, daß ein Vergleich, der neben der Duldungserklärung noch andere Punkte regelt, im Kostenpunkte nicht anders zu behandeln sei, als ein Vergleich, der nur jene Erklärung betrifft, beruht auf der Voraussetzung, daß jeder Vergleich in allen Teilen stets der Vertragsform unterliegt; allein es wurde schon dargetan, daß für die nebensächliche Unterwerfung unter die Vollstreckung die Verzichtsform genügt. Es ist schon vom Reichsgericht anerkannt worden, daß das Duldungsbegehren gemäß § 739, 794,2 ZPO. nur eine Ergänzung der Wechselklage gegen eine Ehefrau ist und daher, trotz mangelnder Urkundenbelege, im Wechselprozeß verfolgt werden kann (JW. 1902 S. 132 Nr. 38). Was in dieser Hinsicht für den Prozeß gilt, muß auch für die ihn ersetzenden außergerichtlichen Feststellungen gelten

III. Nach dem bayer. GebG. sind Verzichte und ähnliche einseitige Erklärungen nicht wie eine mit der verhältnismäßigen Gebühr belegte vertragsmäßige Einigung zu behandeln. Das lehrt eine Musterung der in Art. 144 –192 des GebG. aufgeführten Notariatsakte, ferner auch ein Blick auf Art. 31 der NotGebO., wonach selbst bei den als Verträge zu bewertenden Vergleichen der Inhalt für die Art der Bewertung im einzelnen maßgebend ist. Es wäre eine verfehlte Beweisführung, wenn — etwa im Hinblick auf Art. 153 des GebG. — gesagt würde: Ein Vergleich ist stets wie ein Vertrag zu behandeln; § 101 GKG. kennt außerhalb des Prozesses nur den — fingierten — außergerichtlichen Vergleich, also haben die Parteien, auch wenn sie sich auf eine wechselmäßige Verpflichtung stützen können, statt des einfachen und wohlfeilen Wechselprozesses diejenige Form der außergerichtlichen Regelung zu wählen, welche das ganze Rechtsverhältnis der verhältnismäßigen Gebühr unterwirft, weil in einem Punkte zur Verwirklichung ihrer Rechte eine notarielle Urkunde erforderlich ist. Es ist vielmehr davon auszugehen, was die Parteien tun würden, um ohne Prozeß zur Vollstreckung zu gelangen: nach Lage des Falles würde entweder der Weg eines formlosen Vergleiches oder der Weg des Mahnverfahrens und daneben die einseitige, notariell beurkundete Duldungserklärung des Ehemannes nach § 794, 2 ZPO. gewählt werden.

IV. Es ist noch darauf hinzuweisen, daß selbst bei einer Klage auf Duldung der Zwangsvollstreckung durch einen Ehemann der Forderungsbetrag nur dann der Bewertung zugrunde zu legen wäre, wenn das Vollstreckungsobjekt — hier der Nießbrauch des Ehemannes im 12½fachen Betrag — nicht einen geringeren Wert hat; wird aber die Duldung nur neben der Zahlung der Hauptsache begehrt, so unterliegt sie überhaupt keiner gesonderten Bewertung, weil der Anspruch hierauf nur ein Anhängsel des Hauptanspruches ist. (Beschluß vom 28. März 1907.)[1]

949 Mitgeteilt von Rechtsanwalt Justizrat S. in München.

Oberlandesgericht Bamberg.

Aufhebung einer früheren letztwilligen Verfügung durch ein mit ihr in Widerspruch stehendes späteres Testament. (§§ 2084, 2258 BGB.). Franziska D. verfaßte am 1. April 1901, als sie noch Witwe aber schon mit Martin D. verlobt war, ein Privattestament, worin sie über ein bei einem Verwandten ausstehendes Kapital von 17000 Mk. zugunsten ihrer Geschwister letztwillig verfügte mit dem Zusatz, daß ihr künftiger Ehemann Martin D. hiervon nichts beanspruchen dürfe. Am

[1] Der Beschluß ist rechtskräftig.

26. März 1902 errichtete sie ein notarielles Testament, worin sie ihr ganzes Vermögen zur einen Hälfte ihrem genannten Ehemann, zur anderen Hälfte ihren Geschwistern vermachte. Martin D. klagte gegen die Miterben auf Anerkennung der Ungültigkeit des früheren Testaments. Das LG. wies die Klage ab, das OLG. gab ihr statt.

Aus den Gründen: Die Behauptung des Klägers, daß die letztwillige Verfügung vom 1. April 1901 durch das notarielle Testament vom 26. März 1902 gemäß § 2258 Abs. 1 BGB. aufgehoben worden sei, ist gerechtfertigt. Allerdings sucht das BGB. nach Möglichkeit letztwillige Verfügungen aufrecht zu erhalten; allein die hieraus sich ergebenden Folgerungen finden, wie schon der Wortlaut des § 2084 zeigt, ihre natürliche Grenze an Verfügungen, die klar und unzweideutig sind und an den im Interesse der Rechtssicherheit gegebenen zwingenden Vorschriften des Gesetzes, zu denen der § 2258 fraglos gehört. Eine klare und unzweideutige letztwillige Verfügung enthält aber das Testament vom 26. März 1902. Es geht daher nicht an, auf sie die nur für den Zweifelsfall gegebenen gesetzlichen Auslegungsregeln anzuwenden und unter Zuhilfenahme anderer schriftlicher oder mündlicher Aeußerungen der Erblasserin, ja sogar des Wortlautes des älteren Testaments, dessen Aufhebung in Frage steht, ihren an sich klaren und eindeutigen Inhalt umzudeuten. Nach dem Wortlaute des Testaments vom 26. März 1902 kann kein Zweifel daran bestehen, daß die Erblasserin über ihren gesamten Nachlaß verfügt hat; denn sie spricht in dem Testamente stets nur von ihrem „Nachlaß“ oder „Nachlaßvermögen“ schlechtweg ohne eine Einschränkung, aus der zu entnehmen wäre, daß sie irgend einen Teil ausgenommen haben wolle. Ferner erklärt sie ganz allgemein, daß ihr Nachlaß aus eingebrachten Kapitalien und einer vollständigen Hauseinrichtung bestehen werde und sie hat ohne Vorbehalt Anordnungen getroffen, in welcher Weise dieses Nachlaßvermögen verteilt werden solle. Daß sie auch ihre Außenstände zu ihrem Nachlaßvermögen gerechnet hat, ist unter den Parteien nicht strittig. Mit dem Inhalte des späteren Testaments läßt sich aber das frühere vom 1. April 1901 über den Außenstand zu 17 000 Mk. nicht in Einklang bringen. Zwischen den beiden Testamenten, von denen das eine über einen ganz erheblichen Teil des Nachlasses, das andere aber nachträglich über den ganzen Nachlaß ohne Ausscheidung oder auch nur die geringste Erwähnung dieses Teiles verfügt, besteht ein so erheblicher Widerspruch, daß gemäß § 2258 Abs. 1 BGB. das frühere Testament als durch das spätere vollständig aufgehoben zu erachten ist.

Gleichgültig ist, ob sich Franziska D. bei Errichtung ihres späteren Testaments des Widerspruchs mit dem früheren bewußt geworden ist und ob sie das frühere Testament trotz der Fassung des späteren aufrecht erhalten wollte. Wollte sie das, so mußte sie es angesichts der zwingenden Vorschriften in den §§ 2031 und 2258 BGB. in einer gesetzlich einwandfreien Weise zum Ausdruck bringen und gegebenen Falles ihr späteres Testament so fassen, daß das frühere neben ihm bestehen konnte. Dabei hätte sie, bevor sie zur Errichtung des späteren Testaments schritt, sich über die gesetzlichen Bedingungen erkundigen sollen, unter denen die fortdauernde Rechtswirksamkeit des früheren Testaments gesichert werden konnte. Hat sie das unterlassen und kam infolgedessen ihr letzter Wille nicht in wirksamer Weise zum Ausdruck, so kann hierfür auch der nur für rechtsgültige letztwillige Verfügungen gewährleistete gesetzliche Schutz nicht beansprucht werden. (Vgl. Endemann, Lehrb. d. bürg. Rechts 6. Aufl. Bd. 3 § 24 Ziff. 5). (Urt. des 1. ZS. vom 6. April 1907, BR. 239/06).

992 Mitgeteilt von Oberlandesgerichtsrat Schäfer in Bamberg.

Literatur.

Brunner, Heinrich, Deutsche Rechtsgeschichte. 1. Bd., 2. Aufl. Leipzig 1906. Verlag von Duncker & Humblot. 629 S. Mk. 14.—.

Im Jahre 1887 brachte Heinrich Brunner der wissenschaftlichen Welt den ersten Band seiner deutschen Rechtsgeschichte, in dem er die in einem halben Jahrhundert durch Spezialuntersuchungen gewonnenen Ergebnisse unter Dach und Fach zu bringen begonnen hatte. Der Band behandelte die germanische Zeit und die allgemeine Rechtsgeschichte der fränkischen Zeit. Kurz darnach (1889) erschien dann auch die erste Auflage von Richard Schröders erfolgreicher deutscher Rechtsgeschichte, von der wir wohl bald die 5. Auflage erhalten werden. Von Brunners groß angelegtem Werk ist der 2. Band, der die besondere Rechtsgeschichte: das Staatsrecht, den Rechtsgang und das Strafrecht der fränkischen Zeit darstellte, 1892 erschienen, und heute ist wohl nur eine Stimme darüber, daß es keinen besseren Kenner der Rechtsquellen der germanischen und fränkischen Zeit gibt als den Berliner Germanisten. Seit einem Dezennium harren wir nun sehnsüchtig und mit steigender Ungeduld der Fortsetzung des Werkes, und immer größer ist die Schar derer geworden, die die frohe Erwartung einer Resignation weichen fühlten, die nicht mehr zu hoffen wagt. Da läßt uns Brunner nun von neuem hoffen durch die 2. Auflage des seit etwa 10 Jahren vergriffenen 1. Bandes.

Was ist aus dem Bande geworden! Die 418 Seiten sind auf 588 angewachsen, dazu noch (S. 589 bis 629) ein eingehendes Wort- und Sachregister! Die 58 Paragraphen der 1. Auflage sind beibehalten. Neu hinzugekommen ist nur der § 21, der auf 10 Seiten die „Missetat“ in der germanischen Zeit betrachtet und Ausführungen des § 124 des 2. Bandes mit herüber genommen hat. Wenn auch die Bezeichnung und Folge der Paragraphen beibehalten ist, inhaltlich ist das Werk von Grund aus umgearbeitet. Kein Paragraph ist ohne Aenderungen und Zusätze geblieben, manche Materien sind völlig umgearbeitet. Galt es doch die in 20 Jahren wieder angesammelten Ergebnisse einer rastlos fortschreitenden Forschung zu verwerten, eine umfangreiche Literatur zu berücksichtigen und zu neuen Problemen Stellung zu nehmen. Wie Brunner sein Werk dem neuesten Stande der Forschung angepaßt hat, das zeigt selbst flüchtiger Betrachtung auf jeder Seite die Anführung und Kritik der neuesten Literatur in den Anmerkungen.

Auf den Inhalt des Werkes einzugehen, verbietet der Raum dieses Blattes; den wissenschaftlichen Gehalt kritisieren zu wollen, wäre von mir Vermessenheit. Nur ein besonderer Vorzug Brunners: die Kunst der Darstellung, soll hier rühmend hervorgehoben werden. Wie viel bequemer hat es der römische Rechtshistoriker! Eine im großen und ganzen einheitliche Entwicklung und verhältnismäßig gut gesammelte Quellen erleichtern ihm die Arbeit. Der Germanist dagegen steht vor einer Zersplitterung der Entwicklung, vor einer Vernachlässigung der Quellen. Wie mannigfaltig das Quellengebiet für den deutschen Rechtshistoriker ist, zeigt bei Brunner gleich ein Blick auf das sechs Seiten umfassende Verzeichnis der Abkürzungen. Die schwierige Aufgabe, aus zerstreuten Bausteinen verschiedenen Materials ein zusammenhängendes Ganze, ein einheitlich und straff geschlossenes Werk zu schaffen, ist Brunner in geradezu vollendeter Weise gelungen. Er hat sich als ein Meister nicht bloß in der Beherrschung des Stoffes, sondern auch in der Darstellung erwiesen. Die Klarheit, Flüssigkeit und Anschaulichkeit der Sprache erhellt am meisten aus der scheinbar mühelosen Darstellung in Sätzen von makelloser Uebersichtlichkeit. Wohl selten wird man ein Werk, das einen derartig spröden und zerstückelten Stoff zu bewältigen hat, so frei von Schachtelsätzen und schleppenden Perioden finden.

Schon als ich in meiner Studienzeit mich in diese Rechtsgeschichte vertiefte, war mein erster und stärkster Eindruck der bewundernden Staunens, in wie kurzen Sätzen die Darstellung dahin fließt. Unendlich häufig sind ja Sätze von einer und zwei Zeilen.

Diese Kunst der Darstellung macht auch dem Ermüdeten die Lektüre des Werkes zu einem Genuß, zu fördernder Erholung.

Rechtsanwalt Dr. Böckel, Jena.

Keidel, Fritz, Landgerichtsrat in München. Gesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit vom 17. Mai 1898 mit besonderer Berücksichtigung der bayerischen Ausführungsbestimmungen. 2. vollständig umgearbeitete Auflage. München 1907, J. Schweitzer Verlag (Arthur Sellier). Gebd. Mk. 9.60.

Die 2. Auflage unterscheidet sich von der ersten nicht nur in der äußeren Form, sondern auch durch eine durchgreifende Aenderung in der Anordnung des Stoffes. Die früher in einem Ergänzungsbändchen vereinigten bayer. Ausführungsvorschriften sind jetzt in den Anmerkungen verarbeitet. Durch Heranziehung der ergiebigen Rechtsprechung und der Literatur hat sich deren Umfang bedeutend vergrößert. Da das Gebiet der freiwilligen Gerichtsbarkeit im Universitätsstudium leider ganz vernachlässigt wird, muß sich jeder Rechtspraktikant sofort nach dem Eintritt in die Praxis mit ihm vertraut machen, wenn er im Vormundschafts- und Nachlaßwesen einigermaßen mit Gewinn für seine Ausbildung arbeiten will. Ein nur das Reichsrecht behandelnder Kommentar ist als Hilfsmittel hierzu nicht zu empfehlen. Dagegen wird die Bearbeitung von Keidel — insbesondere auch wegen der übersichtlichen Darstellung — gute Dienste tun.

von der Pfordten.

1. **Trutzer, K.,** Ministerialrat in München. Das Invalidenversicherungsgesetz vom 13. Juli 1899. Erläutert und mit den für das Reich und für Bayern erlassenen Ausführungsvorschriften herausgegeben. 2. Auflage. Ansbach 1907, Verlag von C. Brügel & Sohn. Gebd. Mk. 8.—.
2. **Kahalles, Heinrich,** Regierungsrat in Speyer. Die deutsche Reichsverfassung. Eine Erläuterung der Reichsverfassungsurkunde vom 16. April 1871 mit Anhang und Sachregister. Ansbach 1907, Verlag von C. Brügel & Sohn. Gebd. Mk. 5.80.

Zwei handliche, elegant gebundene Ausgaben, die kurzgefaßte aber sehr sorgfältig bearbeitete Erläuterungen bringen. P.

Notizen.

Maßregeln gegen die Verunstaltung von Ortschaften und landschaftlich hervorragenden Gegenden trifft ein preußisches Gesetz vom 15. Juli 1907 (Preuß. Gesetzsammlung 1907 Nr. 35 S. 260). Es verdient besondere Beachtung, weil es den Baupolizeibehörden sehr weitgehende Befugnisse zum Schutze architektonischer und landschaftlicher Bilder gewährt und wahrscheinlich das Vorbild für die gesetzgeberische Regelung in anderen Bundesstaaten abgeben wird. Auch in Bayern wird man wohl bald an die Schaffung eines ähnlichen Gesetzes denken müssen. Zwar erfreut sich in Bayern die auf die Naturpflege gerichtete Vereinstätigkeit des Schutzes und der Förderung durch die Behörden (vgl. Amtsblatt der Staatsministerien des Kgl. Hauses und des Aeußeren und des Inneren Nr. 5 vom Jahre 1906 und Nr. 11 vom Jahre 1907), aber sie wird sich erst dann richtig entfalten können, wenn feste Grundlagen für ein Einschreiten gegen die Vernichtung oder Verunstaltung von Natur- und Kunstdenkmalen geschaffen sind.

Das preußische Gesetz schützt in den §§ 1 und 2 zunächst Straßen, Plätze, Bauwerke von geschichtlicher oder künstlerischer Bedeutung gegen die Beeinträchtigung durch geschmacklose Neubauten und gegen Verstümmelungen. Aehnliche Schutzvorschriften enthalten die bayerische Bauordnung in § 53 Abs. 4 und das bayer. PolStGB. in Art. 101 Abs. 3 (vgl. Englert, Bauordnung S. 78 und 134 ff.). Weitergehende und sehr zweckmäßige Vorschriften enthält das preußische Gesetz in § 3: „Durch Ortsstatut kann vorgeschrieben werden, daß die Anbringung von Reklameschildern, Schaukästen, Aufschriften und Abbildungen der Genehmigung der Baupolizeibehörde bedarf. Die Genehmigung ist unter den gleichen Voraussetzungen zu versagen, unter denen nach §§ 1 und 2 die Genehmigung zu Bauausführungen zu versagen ist." Eine sehr verständige und nur zu begrüßende Anordnung trifft der § 8. Der Regierungspräsident wird ermächtigt, mit Zustimmung des Bezirksausschusses für landschaftlich hervorragende Teile des Regierungsbezirks vorzuschreiben, daß die Genehmigung zu Bauten und baulichen Aenderungen außerhalb der Ortschaften versagt werden kann, wenn dadurch das Landschaftsbild gröblich verunstaltet werden würde und dies durch die Wahl eines anderen Bauplatzes oder eine andere Gestaltung des Baues oder die Verwendung anderen Baumaterials vermieden werden kann.

1027

Zu §§ 739, 93 ZPO. In der Abhandlung des Herrn Amtsrichters Kraus über § 739 ZPO. (Nr. 11 und 12 dieses Jahrgangs) wurde u. a. auch die Frage erörtert, unter welchen Voraussetzungen der auf Duldung der Zwangsvollstreckung verklagte Ehemann die Kosten des Rechtsstreits zu tragen hat, wenn er die Duldungspflicht sofort anerkennt. In einem Urteile vom 11. Mai 1907 hat das OLG. München in Uebereinstimmung mit dem LG. München I ausgesprochen, daß der Mann die Kosten nicht zu tragen hat, wenn er nicht vor der Klagestellung durch Erklärungen oder Handlungen zu erkennen gegeben hat, daß er der Vollstreckung in das eingebrachte Gut seiner Frau entgegentreten werde. In den Gründen ist u. a. folgendes ausgeführt: Die Duldungspflicht geht dahin, daß der Mann zugunsten des Gläubigers seiner Frau, soweit es dessen Befriedigung erheischt, auf sein Verwaltungs- und Nutznießungsrecht verzichtet und das eingebrachte Frauengut dem Zugriff des Gläubigers preisgibt. Der Mann hat aber nicht zur Zahlung der Schuld der Frau mitzuwirken. Die Vollstreckung zu ermöglichen ist er nicht verpflichtet. Es kann also auch davon nicht die Rede sein, daß er dem Gläubiger, wohl gar ohne Aufforderung und ohne Rücksicht darauf, ob die Frau die Schuld anerkennt, eine vollstreckbare Urkunde nach § 794 Abs. 2 ZPO. auszustellen habe. Eine solche Verpflichtung ist im Gesetze nicht begründet; der Mann kann vielmehr seine Duldungspflicht auch ohne Ausstellung eines solchen Vollstreckungstitels erfüllen. Der Gläubiger hat keinen Anlaß, gegen den Mann auf Duldung der Vollstreckung zu klagen, wenn dieser auf Aufforderung erklärt, daß er die Vollstreckung dulden werde und tatsächlich der Zwangsvollstreckung keine Hindernisse bereitet.

984

Verantwortl. Herausgeber: Th. von der Pfordten, K. Landgerichtsrat, verw. im Staatsministerium d. Justiz.

Eigentum von J. Schweitzer Verlag (Arthur Sellier) in München.
Druck von Dr. Franz Paul Datterer & Cie., G. m. b. H., Freising.



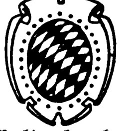
Nr. 19. München, den 1. Oktober 1907. 3. Jahrg.

Zeitschrift für Rechtspflege in Bayern

Herausgegeben von Th. von der Pfordten K. Landgerichtsrat, verw. im K. Bayer. Staatsministerium der Justiz.

Verlag von J. Schweitzer Verlag (Arthur Sellier) in München, Lenbachplatz 1.

Die Zeitschrift erscheint am 1. und 15. jeden Monats im Umfange von mindestens 2 Bogen. Preis vierteljährlich Mk. 3.—. Bestellungen übernimmt jede Buchhandlung und Postanstalt (Postzeitungsliste für Bayern Nr. 974a).



Redaktion und Expedition: München, Lenbachplatz 1. Insertionsgebühr 30 Pfg. für die halbgespaltene Petitzeile oder deren Raum. Bei Wiederholungen Rabatt. Stellenanzeigen 20 Pfg. Beilagen nach Uebereinkunft.

Kann der Ersteher die Wirkung der Pfändung von Mietzinsen durch den Abschluß neuer Mietverträge beseitigen?

Von Dr. Th. Wolff, Geh. Justizrat, Kammergerichtsrat in Berlin.

Nach § 573 Satz 1 BGB. ist im Falle der Veräußerung eines vermieteten Grundstücks „eine Verfügung, die der Vermieter vor dem Uebergang des Eigentums über den auf die Zeit der Berechtigung des Erwerbers entfallenden Mietzins getroffen hat, insoweit wirksam, als sie sich auf den Mietzins für das zur Zeit des Uebergangs des Eigentums laufende und das folgende Kalendervierteljahr bezieht", und nach § 57 ZwVG. gilt dasselbe gegenüber dem Ersteher. Der Verfügung, die der Vermieter vor dem Eigentumsübergang getroffen hat, steht die gegen ihn ergangene Pfändung des Miet- oder Pachtzinses gleich (RGE. Bd. 58 S. 181, Bd. 59 S. 177, Wolff in GruchotsBeitr. Bd. 48 S. 255 ff.).

Es fragt sich, ob der Ersteher die Wirkung dieser Pfändung des Mietzinses dadurch abwenden kann, daß er mit dem Mieter einen neuen Mietvertrag schließt.

Das Oberlandesgericht zu München hat diese Frage in dem Bd. 3 S. 22 dieser Zeitschrift veröffentlichten Erkenntnis vom 16. Oktober 1906 bejaht. Es führt aus: „Durch die Pfändung der Mietzinsen trat der Pfandgläubiger nicht etwa in das Mietverhältnis selbst ein. Solange dieses bestand, fielen die Mietzinsforderungen sofort unter das Pfandrecht, aber mit dem Mietverhältnis selbst hatte die Pfändung nichts zu tun. Sie konnte nicht hindern, daß der Schuldner durch Vereinbarung mit den Mietern das Mietverhältnis für die Zukunft löste und dadurch die weitere Entstehung der Mietzinsforderungen aus dem Vertrag ausschloß. Der Ansteigerer verstößt auch nicht gegen die guten Sitten, wenn er mit den Mietern neue Verträge eingeht, um das Recht des Pfändungsgläubigers für die Zukunft auszuschließen. Denn der Ansteigerer steht zu dem Pfändungsgläubiger in keinem weiteren als dem durch die Forderungspfändung vermittelten Rechtsverhältnisse. Sein berechtigtes Interesse, bald in den Genuß der Nutzungen zu kommen, stößt mit dem Pfandrechte des Gläubigers zusammen, und es besteht kein ausreichender Grund für ihn, jenes Interesse diesem Rechte nachzusetzen".

Es ist leicht zu erkennen, daß diese Rechtsfolgerung, wenn sie richtig wäre, schwere wirtschaftliche Schäden nach sich ziehen müßte. Der Ersteher, dem infolge der Pfändung gesetzlich der Genuß der beschlagnahmten Nutzungen für die im § 573 bestimmte Zeit entzogen ist, hat allerdings das größte Interesse, das Recht des Pfändungspfandgläubigers auszuschließen, und, wenn ihm diese Ausschließung durch bloße Umänderung des Mietvertrages gestattet ist, so wird er durch eine bedeutende Minderung des Mietzinses den Mieter unschwer zu einer Aenderung des Vertrages bewegen können. Stände es fest, daß ein solches Verfahren erlaubt sei, daß es nicht einmal gegen die guten Sitten verstoße, und der Ersteher dabei in berechtigter Wahrnehmung seiner Interessen handle, so würde ein solches Verfahren bald allgemein beliebt werden. Was aber der Ersteher tun darf, ist auch dem Käufer gestattet, welcher das vermietete Grundstück durch rechtsgeschäftliche Verfügung erworben hat, da der § 57 ZwVG. nur eine Anwendung des § 573 BGB. vorschreibt. Die Pfändung des Mietzinses würde daher in vielen Fällen keinen praktischen Wert haben, und der Gläubiger, der die Pfändung von Forderungen in der Regel erst nach fruchtloser Mobiliarzwangsvollstreckung betreiben wird, würde sich durch sein Interesse veranlaßt sehen, statt der wertlosen Pfändung von Mietforderungen zur Immobiliarexekution überzugehen. Die Zwangseintragung ist ihm verschlossen, wenn seine Forderung nicht den Betrag von 300 Mk. übersteigt, oder wenn er, um sich und seinem Schuldner Kosten zu ersparen, für seine unstreitige Forderung nur einen Zahlungs- und Vollstreckungsbefehl erwirkt hat, § 866 Abs. 3 ZPO., und in anderen Fällen ist sie für ihn dann nicht von praktischem Wert, wenn er nicht in der

Vermögenslage ist, die Beitreibung der Schuldsumme aufzuschieben. Sein Interesse drängt ihn daher auf den Weg der Zwangsversteigerung oder der Zwangsverwaltung und zwar gerade wegen kleinerer Beträge, für welche man sonst Abstand nehmen würde, eine für die wirtschaftliche Existenz des Schuldners so folgenschwere Maßnahme zu beantragen; selbst wegen Steuerrückständen (Preuß.VBl. Bd. 24 S. 491) würden diese schwersten Vollzugsmaßregeln betrieben werden. Die von der Gesetzgebung erstrebte Verminderung der Zwangsversteigerungen würde in der bedenklichsten Weise in Frage gestellt werden.

Zieht man die Konsequenz noch weiter, so zeigt sich auch die juristische Unhaltbarkeit der Beseitigung des Pfändungspfandrechtes durch den Abschluß neuer Mietverträge. Denn, wenn der neue Erwerber trotz der Pfändung das Mietverhältnis auflösen darf, so stände ihm dasselbe Recht auch gegenüber jeder rechtsgeschäftlichen Verfügung seines Rechtsvorgängers zu. Denn die Rechtswirksamkeit der Pfändung des Mietzinses gegenüber dem neuen Erwerber ist nur eine Anwendung des Satzes, daß dem neuen Erwerber gegenüber die rechtsgeschäftliche Verfügung des Vermieters über den Mietzins wirksam bleibt. Der Ersteher sowohl wie überhaupt jeder neue Erwerber dürfte daher sogar die Zession des Mietzinses, die der Verkäufer vorgenommen hat, durch Aenderung des Mietverhältnisses beseitigen; die durch den § 573 vorgeschriebene Wirksamkeit der Verfügung des Vermieters im Verhältnis zum neuen Erwerber würde dadurch aufgehoben und der § 573 beseitigt sein.

Die Unrichtigkeit der entgegenstehenden Ansicht ergibt sich ferner aus folgenden Gründen:

Durch die Pfändung des Mietzinses ist das Entgelt für die Benutzung der Wohnung beschlagnahmt, und diese Beschlagnahme besteht auch dann, wenn durch einen neuen Vertrag die Verpflichtung zur Bezahlung des Mietzinses nicht geändert wird; denn das Entgelt bleibt dasselbe, wenn auch das Rechtsverhältnis neu geordnet ist. Diese, anscheinend auch von dem Oberlandesgericht in München vertretene, Annahme kann aber dann nicht gelten, wenn die eine oder die andere Leistung durch einen neuen Vertrag verändert wird, wenn auf Grund des neuen Vertrages der Mieter in ein anderes Stockwerk, in ein anderes Haus des Erstehers zieht, wenn er statt des in Reichswährung zu zahlenden Mietzinses eine andere Leistung z. B. die Dienste eines Hausverwalters übernimmt, oder wenn der Ersteher mit dem Mieter die gänzliche Beendigung des Vertrages vereinbart und der Mieter demzufolge auszieht. In allen diesen Fällen, überhaupt in allen Fällen, in welchen der gepfändete Mietzins auf Grund des bisherigen Mietvertrages nicht mehr gefordert werden kann, verzichtet der Ersteher auf das Recht, den bisher vertragsmäßig bestimmten Mietzins zu fordern, und durch den Verzicht **verfügt** er über das Recht auf den Mietzins. Denn der Verzicht auf ein Recht ist eine Verfügung über das Recht. Diese Verfügung ist ihm aber verboten. Denn die Pfändung einer Geldforderung erfolgt nach § 829 ZPO. nicht nur durch das an den Drittschuldner (den Mieter) ergangene gerichtliche Verbot, dem Hauptschuldner nicht zu zahlen, sondern außerdem durch das an den Hauptschuldner ergangene Verbot, sich jeder Verfügung über die Forderung zu enthalten. Dieses Verfügungsverbot hat die Natur eines vom Gericht innerhalb seiner Zuständigkeit erlassenen **Veräußerungsverbots** des § 136 BGB. (s. z. B. Gareis, Komment. Anm. 2 zu § 136 BGB.). Dieses Veräußerungsverbot wirkt nach dem im § 136 bezogenen § 135 zugunsten desjenigen, dessen Schutz es bezweckt, also hier zugunsten des Pfändungspfandgläubigers, auch jedem Dritten gegenüber, wenn dieser das Veräußerungsverbot kannte, und macht unter dieser Voraussetzung eine dem Veräußerungsverbot entgegenstehende Verfügung unwirksam. Der Ersteher (überhaupt der neue Erwerber des Grundstücks), welcher die Pfändung des Mietzinses kannte, kann daher nicht auf das Mietrecht verzichten, weil er durch den Verzicht über die Mietzinsforderung verfügt, für welche zugunsten des Pfändungspfandgläubigers ein gerichtliches Veräußerungsverbot besteht. Der Pfändungspfandgläubiger wird daher durch den Vertrag nicht betroffen und zieht den gepfändeten Mietzins vom Mieter so ein, als ob der Ersteher mit ihm einen Vertrag nicht geschlossen hätte.

Daß der neue Erwerber die Pfändung des Mietzinses kennt, wird die Regel bilden. Aber, auch wenn er sie nicht kennt, kann er für die im § 573 angegebene Zeit auf den Mietzins nicht verzichten, weil er auch ohne ein gerichtliches Verbot über diesen Mietzins nicht verfügen darf. Denn, da der § 573 vorschreibt, daß die schon vor dem Eigentumsübergang vom Vermieter (oder vom Gläubiger durch Forderungspfändung) getroffene Verfügung in den Grenzen des § 573 wirksam zu bleiben hat, so darf der neue Erwerber nicht eine Verfügung treffen, durch welche die gesetzlich vorgeschriebene Wirkung einer früheren Verfügung beseitigt wird. Durch die vom Vermieter (oder dem Pfändungsgläubiger) getroffene Verfügung war das Entgelt für eine bestimmte Benutzung des Grundstücks betroffen. Durch diese Verfügung hatte er selbst das Recht, das Entgelt zu fordern, nach Maßgabe der Verfügung verloren, durch die Eigentumsübertragung erlangte der neue Erwerber des Grundstücks daher das Eigentum an dem Grundstück nur abzüglich des Rechtes der, schon von seinem Rechtsvorgänger ausgeübten, Verfügung über den Mietzins für die gesetzliche Zeit. Da ihm die Verfügung über die Mietsforderung, soweit darüber schon disponiert ist, also nicht zusteht, so kann er eine solche Ver-

fügung nicht rechtswirksam ausüben, auch wenn er die sein Verfügungsrecht ausschließende Tatsache nicht kannte.

Der neue Erwerber darf daher über einen Mietzins, über welchen der Vermieter oder dessen Pfändungsgläubiger für die Zeit des § 573 BGB. bzw. des § 57 ZwVG. verfügt hat, nicht durch Veränderung des Mietvertrages anderweitig verfügen, mag er die frühere Verfügung gekannt haben oder nicht.

Ueberweisungs- und Scheckverkehr zwischen Hypothekenbanken und Notaren.[1])

Von Bankdirektor **Fr. Bonschab** in München.

Veranlaßt durch den Entwurf eines Scheckgesetzes rührt man sich in Handels- und Gewerbekreisen mit erfreulicher Energie, Mittel und Wege zu finden, welche geeignet sind, den Bargeld-Verkehr und damit die Spannung des Geldmarkts einzudämmen. Gleichzeitig ist die Reichsbank mit einer Vorlage an die Oeffentlichkeit getreten, nach welcher der Hypotheken-Zahlungsverkehr und der Hypotheken-Abrechnungsverkehr behufs Bargelderſparung und Entlastung der Quartalstermine geregelt werden sollen, einerseits, indem die Reichsbank als Treuhänderin für Hypotheken-Dokumente aller Art fungiert, welche Zug um Zug gegen Zahlung an einen Andern ausgeliefert werden sollen, anderseits indem bei der Reichsbank eine Hypotheken-Abrechnungsstelle errichtet wird, zu dem Zwecke, die im Hypothekengeschäftsverkehr zwischen den Beteiligten vorkommenden Zahlungen unter tunlichstem Ausschluß der Barzahlung durch Verrechnung und Zu- und Abschreibung der Saldi auf ihren Girokonten bei der Reichsbank zu erledigen. Nichts lag angesichts dieses begrüßenswerten Vorgehens näher als zu erwägen, ob und inwieweit diese Einrichtung auch für Bayern durchführbar und wenn nicht, in welch andern Formen für das Bargeldwesen ein Ersatz zu finden sei.

Nun ist bereits im Handelsteil einer Tageszeitung[2]) diese Frage besprochen worden. Die beiden Aufsätze gelangen zu dem Ergebnis, daß speziell für Bayern mit Rücksicht auf das System der Buchhypothek die Einführung des Hypotheken-Zahlungs- und Abrechnungsverkehrs sich nicht ermöglichen lasse. Diesem Ergebnis muß man nach Lage der Sache leider zustimmen.

Die hypothekarischen Darlehen der Hypothekenbanken sind ihrer Natur und ihrem Zweck nach möglichst langfristige Darlehen; das schließt von selbst aus, daß die Bank die Abtretung ihrer Hypotheken oder eine sonstige Verwertung beabsichtigt; denn sie sollen ja als Unterlage der hierfür auszugebenden Pfandbriefe dienen; damit aber ist von selbst gegeben, daß für diese Darlehen einzig die Form der Hypothek, für welche die Erteilung eines Hypothekenbriefes ausgeschlossen ist, d. i. der Buchhypothek in Betracht kommt. Für die Abwickelung der Eintragung einer solchen Buchhypothek an der bedungenen ersten Rangstelle sind die Notariate nicht zu entbehren und eine Tätigkeit irgend einer Anstalt als Vermittlerin des Hypothek-Zahlungsverkehrs ist ausgeschlossen. Die hierbei in Betracht kommenden Verhältnisse sind in den angegebenen Aufsätzen zutreffend geschildert und ein weiteres Eingehen hierauf daher nicht veranlaßt.

Es ist nun dort auf einen Punkt hingewiesen worden, welcher ohne Rücksicht auf die Vorschläge einer Reform allerdings dringend harrt, d. i. die Regelung der Auszahlung der Darlehensvaluten seitens der Geldgeber, speziell der Banken an die Notare und der Auszahlung durch die Notare an die Darlehensnehmer und wegzufertigenden Gläubiger. Eine wesentliche Rolle spielt hierbei die Frage der Haftung der Notare.

Der Entwurf zum Notariatsgesetz v. 9. Juni 1899 hatte ursprünglich dem Notar nur die Erlaubnis erteilt, Gelder rc., die aus Anlaß eines Amtsgeschäfts von den Beteiligten übergeben werden, zur Aufbewahrung für die Beteiligten oder zur Ablieferung an Dritte zu übernehmen und eine **Verpflichtung** des Notars zur Uebernahme nur insoweit festgesetzt, als sie sich aus gesetzlichen Vorschriften ergibt.

Dank dem Eintreten des Justizgesetzgebungsausschusses der Abgeordnetenkammer, welcher gerade mit Rücksicht auf den Hypothekenverkehr die Notwendigkeit hervorhob, auch für diese Fälle die Haftung des Staates eintreten zu lassen, kam der Art. 4 des NotG. zustande, der hierfür unter Einräumung einer Hinterlegungsgebühr von $^{2}/_{10}$ vom Tausend des jeweils hinterlegten Betrags, mindestens aber 20 Pfg., bestimmt: „Der Notar ist **verpflichtet**, Gelder, Wertpapiere und Kostbarkeiten, die ihm aus Anlaß eines Amtsgeschäftes von den Beteiligten übergeben werden, zur Aufbewahrung für die Beteiligten oder zur Ablieferung an Dritte oder an eine Behörde zu übernehmen." Bei Verfehlungen hiergegen tritt nun die Haftung des Staates nach Art. 126 NotG. ein.

Ist nun so die Frage der Haftung des Notars vielmehr des Staats ausreichend und befriedigend geregelt — von der Haftung für die Notariatsgehilfen sei hier vorerst abgesehen —, so ist nun zu erwägen, in welcher Weise die weiter oben

---

[1]) Vgl. auch die Mitteilung in Nr. 15/16 S. 323.

[2]) Vgl. Münchn. N. Nachr. Nr. 343 v. 24. 7. 07 und Nr. 356 v. 1./8. 07.

berührten Bar-Zahlungen an oder durch die Notariate ersetzt werden können.

In dem zweiten der mehrerwähnten Aufsätze ist gesagt, daß die Giroüberweisung an die Notariate, „welche ein Girokonto bei der Reichsbank besitzen", mit Rücksicht auf die mangelnde Haftung des Staats für die Notariatsgehilfen untunlich ist.

Wiederum zunächst von den Notariatsgehilfen abgesehen ist aber gerade die mit Einführung eines neuen Scheckgesetzes im weiten Umfang ermöglichte Errichtung eines Bankkontos zunächst für alle diejenigen Notariate angezeigt, an deren Sitze sich eine Filiale entweder der Reichsbank, der kgl. Bank oder der Bayer. Notenbank befindet.

Daß diese Errichtung durchführbar ist, beweist statt alles weiteren einfach die Tatsache, daß jetzt schon einige Notariate in Bayern ein Bankkonto bei den betr. Filialen der Notenbank haben und daß die Benützung des Giroverkehrs zwischen Banken und Notar in der glatten und einfachen Weise vor sich geht, wie solche eben der Giroverkehr ermöglicht.

Wenn dieser Giroverkehr mit Inkrafttreten des neuen Scheckgesetzes — an dessen Zustandekommen wohl nicht zu zweifeln ist — auf gesetzlichen Grundlagen aufgebaut ist, so muß die Errichtung von Girokonten für die Notariate mit der Voraussetzung natürlich, daß das Konto des Notariats vom Privat-Konto des Notars getrennt geführt wird, als eine in allseitigem Interesse liegende Einrichtung gefordert werden. Wird angenommen, daß die Girokonti lediglich bei den kgl. Filialbanken errichtet und geführt werden, so ergibt sich hieraus aber weiter folgendes: Die Möglichkeit der Haftung des Staates wird dadurch, daß die Gelder nicht in die Kassa des Notars kommen, in ganz enormer Weise verringert. Aber auch die Haftung des Notars wird, da Diebstahl und Unterschlagung durch Dritte ausgeschlossen ist, ebenso die gesamte Manipulation mit den Geldern vollständig wegfällt, ebenso wesentlich verringert und dem Notar wie dem Personal bei den Banken und bei den Notaren eine Unsumme von Arbeit (Nachzählen z. B.) erspart. Dabei ist natürlich vorausgesetzt, daß die Notariate angewiesen werden, die Gelder nicht zu erheben, sondern die notwendigen Auszahlungen gleichfalls durch Schecks zu machen. Damit entsteht der weitere Vorteil, daß auch das Publikum sich mehr und mehr an den Scheck gewöhnt und dessen Einrichtung möglichst gefördert wird.

An den Notariatssitzen, an welchen sich eine Bankfiliale nicht befindet, wird die Errichtung eines Scheckkontos sich nicht durchweg einführen lassen, wenn man bedenkt, daß in diesen Fällen bei Regelung der Hypotheken der Notar in der Regel die Valuta bei der Hand haben muß; immerhin wird es Ermessenssache sein und zunächst vom Umfange des Notariats abhängen, ob nicht mit Rücksicht auf etwa an Bankplätzen wohnende Gläubiger die Einführung des Giroverkehrs zweckmäßig ist. Der Forterhebung der staatlichen Depositalgebühren steht irgend ein begründetes Bedenken nicht entgegen, weil der Staat die von ihm geführte Bankanstalt und deren Einrichtungen für die Ueberweisungen ꝛc. zur Verfügung stellt.

Daß sich auch an den Hinterlegungsgebühren für die Notare damit nichts ändert, möchte besonders hervorgehoben werden. Ist doch schon in Art. 98 der Notariatsgebührenordnung vom 29. Dezember 1899 die Hinterlegung von Geldern ꝛc. durch die Notariate bei öffentlichen Banken vorgesehen. Daß, wie in Nr. 356 der „M. N. N." hervorgehoben, die Bodenkreditinstitute mit Rücksicht auf den Mangel einer staatlichen Haftung für Notariatsgehilfen Geldbeträge nicht an den Kassabeamten des Notars, sondern nur an letzteren selbst gegen dessen eigenhändige Empfangsbestätigung ausliefern und etwaige Postvollmachten der Gehilfen ausschalten, ist in dieser Allgemeinheit nicht zutreffend und wäre auch undurchführbar. Die Haftung des Notars für seine Gehilfen ist eine so strenge, daß sich jeder Notar es überlegen wird, andere als durchaus vertrauenswürdige Personen mit den Kassageschäften zu betrauen.

Denn nach Art. 20 des NotG. in Verbindung mit § 831 BGB. und Art. 7 EG. z. BGB. haftet der Notar in allen Fällen, in welchen der Gehilfe in Ausübung der Verrichtung einem Dritten widerrechtlich Schaden zugefügt; es ist also einerseits kein Verschulden des Gehilfen erfordert, andererseits kann der Notar nicht den Gegenbeweis der Beobachtung der erforderlichen Sorgfalt bei der Auswahl der betr. Person benützen. (So mit Oertmann, Bayer. Landesprivatrecht § 57 gegen Kaisenberg-Dennler, Notariatsgesetz zu § 20).

Die Einführung des Ueberweisungs- und Scheckverkehrs für den Hypotheken-Auszahlungsverkehr wird an der Erleichterung des einheimischen Geldmarkts ganz wesentlich mitwirken.

Es wäre freudig zu begrüßen, wenn die Staatsregierung diese Vorschläge recht bald bei Einführung des neuen Scheckgesetzes in die Tat umsetzen würde.

Das vorzeitige Kündigungsrecht der Militärpersonen, Beamten, Geistlichen und Lehrer an öffentlichen Unterrichtsanstalten nach § 570 BGB.

Von **W. Hagen**, Landgerichtsrat in Frankenthal.

§ 570 BGB. bestimmt:

„Militärpersonen, Beamte, Geistliche und Lehrer an öffentlichen Unterrichtsanstalten können im Falle der Versetzung nach einem anderen Orte das

Mietverhältnis in Ansehung der Räume, welche sie für sich oder ihre Familie an dem bisherigen Garnison- oder Wohnorte gemietet hatten, unter Einhaltung der gesetzlichen Frist kündigen. Die Kündigung kann nur für den ersten Termin erfolgen, für den sie zulässig ist".

Das BGB. gewährt sonach den genannten Personen bei dem Vorliegen gewisser Voraussetzungen ein sog. vorzeitiges Kündigungsrecht. Um es richtig würdigen zu können, ist es zunächst geboten, die Entstehungsgeschichte dieses Paragraphen zu betrachten, zumal durch sie eine Reihe von Streitfragen ihre Erledigung findet. Die Motive zum Entwurfe des BGB. führen zu § 527 (jetzt § 570) des Entwurfes nur kurz aus:

„Die an die Bestimmungen des preuß. ALR. I, 21, §§ 376, 377 anknüpfende Vorschrift des § 527 beruht auf ähnlichen Gründen wie diejenigen, welche zur Vorschrift des § 526 geführt haben; ein Bedürfnis nach dem Vorgange des ALR. I, 21, § 378 für den Fall der Mobilmachung zugunsten der Militärpersonen eine noch weitergehende Vorschrift zu geben, kann dagegen nicht anerkannt werden, zumal bei der Beratung des RMG. vom 2. Mai 1874 eine solche Vorschrift als unbillig und unzweckmäßig vom Reichstage abgelehnt worden ist" (vgl. Mot. II 416).

§ 527 des Entwurfes lautete:

„Das Recht, durch Kündigung nach Maßgabe des § 522 III das Mietverhältnis ungeachtet der Vereinbarung einer längeren Mietzeit oder Kündigungsfrist zu beendigen, steht einem Beamten oder einer Militärperson auch im Falle der Versetzung nach einem anderen Orte in Ansehung einer Wohnung zu, welche sie an dem bisherigen Wohnorte oder Garnisonsorte zum Gebrauch für sich oder ihre Familie gemietet hatten" (vgl. Mugdan, Mater. Bd. II S. LXXVI). —

In der Reichstagskommission waren zwei Anträge zu § 527 gestellt worden:

1. Den § 527 durch folgende Vorschrift zu ersetzen:

„Hat der Mieter in seinem Wohnorte eine Wohnung zum Gebrauche für sich oder seine Familie gemietet und wird er durch eine nicht freiwillige Veränderung in seiner Person genötigt, den Wohnort aufzugeben, so kann er die Miete durch Kündigung nach Maßgabe des § 522 III aufheben, auch wenn eine längere Mietzeit oder Kündigungsfrist vereinbart ist. Als eine solche Nötigung zur Aufgabe des Wohnortes gilt insbesondere die Versetzung einer Militärperson oder eines Beamten oder eines Geistlichen oder eines Lehrers an einer öffentlichen Unterrichtsanstalt nach einem anderen Garnisons- oder Wohnorte";

vorsorglich:

a) Die Vorschrift des § 527 auszudehnen auf Geistliche und Lehrer an öffentlichen Unterrichtsanstalten;

b) als Abs. II beizufügen: Das Kündigungsrecht kann durch Vertrag nicht ausgeschlossen werden.

2. In § 527 zu sagen . . . . steht öffentlichen Beamten ... in Ansehung solcher Räume zu, welche sie an dem bisherigen Wohn- oder Garnisonsorte zum Gebrauch für sich oder ihre Familie gemietet hatten.

Die Kommission lehnte den prinzipalen Antrag 1 ab, nahm dagegen den Antrag 1a an; der Antrag 1b wurde fallen gelassen; dem Antrage 2 entsprechend wurde ferner beschlossen, statt „Wohnung" zu sagen „Räume". Der Antrag 2, ferner zu sagen, einem öffentlichen Beamten (statt einem Beamten), wurde zurückgezogen.

Die Erwägungen hierfür waren folgende: Der § 527 habe den Charakter eines Privilegiums. Der Hauptantrag 1 wolle dies durch eine allgemeine Fassung der Vorschrift, entsprechend dem ALR. beseitigen; hierzu gebe aber die Natur des Mietvertrages keine Veranlassung; außerdem entständen Bedenken wegen der Tragweite des § 527 in der vorgeschlagenen Fassung; so sei es z. B. ungewiß, ob darunter begriffen sein sollten die Fälle der Pensionierung, der Geisteskrankheit, der strafrechtlichen Verurteilung usw., welche Umstände den Mieter doch auch durch „eine nicht freiwillige Veränderung in seiner Person" nötigen können, den Wohnort zu ändern. Es empfehle sich vielmehr, in den Schranken des durch die öffentlich-rechtlichen Bedürfnisse allerdings gebotenen § 527 in der Fassung des Entwurfes zu bleiben, wobei es aber richtig sei, das Privilegium des § 527 entsprechend dem § 311 des Entw. und § 715[7] (alte Fassung) ZPO. auszudehnen auf Geistliche und Lehrer an öffentlichen Unterrichtsanstalten, wie es der Antrag 1a bezweckt. Dagegen sei ein so weitgehender Eingriff in die allgemeinen Bestimmungen des Mietrechtes, wie ihn der Antrag 1b vorschlage, durch öffentlich-rechtliche Bedürfnisse nicht geboten; außerdem würde es bei der Annahme dieses Antrages den Beamten usw. voraussichtlich schwer werden, Wohnungen zu finden. Für den Antrag 2 (zu sagen „Räume" statt „Wohnung") wurde unter Zustimmung der Kommission geltend gemacht, es käme oft vor, daß ein Mieter, z. B. ein Offizier, nicht nur einer Wohnung bedürfe, sondern auch eines Stalles usw., es empfehle sich, das Kündigungsrecht des § 527 auch für solche Verträge zu geben. Die ferner im Antrage 2 in Aussicht genommene Aenderung („öffentliche Beamte" statt „Beamte") erledigte sich durch den Hinweis darauf, daß der Entwurf regelmäßig den Ausdruck Beamte für öffentliche Beamte anwende (vgl. Mugdan, Mater. II 871). — Da der Reichstag selbst gegen die Gründe der Kommission keinen Widerspruch erhoben hat, muß angenommen werden, daß er sich ihnen angeschlossen hat.

I.

Die privilegierten Personen des § 570: Sie sind in erster Linie dieselben, wie die in § 411 genannten (vgl. Komm.-Ber., woselbst ausdrücklich auf § 311 des Entw. [§ 411 des Ges.] verwiesen wurde, Staudinger, Komm. z. BGB. [2] § 570 Anm. II, 1; Planck, Komm. z. BGB. [1 u. 2] § 570 Anm. 1).

Im einzelnen kommt folgendes in Betracht:

1. Militärpersonen: Nach dem Sinne des Gesetzes kommen hier sämtliche Militärpersonen in Betracht, welche einen Gehalt beziehen und der dienstlichen Versetzung unterliegen (Kohler, Lehrb. des öffentl. Rechts Bd. I S. 304).

Militärpersonen sind nach §§ 4, 5 MStGB. vom 20. Juni 1872 die Personen des Soldatenstandes und die Militärbeamten, welche zum Heere oder zur Marine gehören. Unter Heer ist das deutsche Heer, unter Marine die Kaiserl. Marine zu verstehen. Hierzu bestimmt § 5: Die Klasseneinteilung der Militärpersonen ergibt das diesem Gesetze beigefügte Verzeichnis; die Mitglieder des Sanitätskorps und des Maschinen-Ingenieurkorps unterliegen den für andere Personen des Soldatenstandes gegebenen Vorschriften nach Maßgabe ihres Militärranges. Hinsichtlich der Militärpersonen bestimmt sodann das angeführte Verzeichnis in Ziffer A die Personen des Soldatenstandes. Hinsichtlich der Militärbeamten ist in Ziffer B bestimmt: Militärbeamte sind alle im Heere und in der Marine für das Bedürfnis des Heeres oder der Marine dauernd oder auf Zeit angestellten, nicht zum Soldatenstand gehörenden und unter dem Kriegsminister oder Chef der Admiralität als Verwaltungschef stehenden Beamten, welche einen Militärrang haben; es macht dabei keinen Unterschied, ob sie einen Diensteid geleistet haben oder nicht (vgl. hierzu RGBl. 1872 S. 175, 204; RGBl. 1895 S. 431). Nicht zu den Militärpersonen gehören die in § 38 C 4 des RMilG. vom 2. Mai 1874 (RGBl. 1874 S. 55) benannten Zivilbeamten der Militärverwaltung, welche jedoch das Privileg des § 570 in ihrer Eigenschaft als öffentliche Beamte beanspruchen können.

2. Beamte: Das Gesetz selbst hat eine Definition des Beamten nicht gegeben; es waltet jedoch kein Bedenken ob, die Definition des § 359 StGB. hier zugrunde zu legen (BayRpflZ. 1905 S. 103; anscheinend auch Niendorf, Mietrecht [7] 301). Demgemäß kommen als Beamte Personen in Betracht, welche im Dienste des Reiches oder im unmittelbaren oder mittelbaren Dienste eines Bundesstaates auf Lebenszeit, auf Zeit oder nur vorläufig angestellt sind, ohne Unterschied, ob sie einen Diensteid geleistet haben oder nicht, ingleichen Notare. Es gehören demnach hierher auch die Beamten der Kreise und Gemeinden, in Bayern insbesondere auch die Volksschullehrer (RGSt. 25, 89).

Nicht hierher gehören Beamte eines ausländischen Staates, auch nicht, wenn sie im Inlande mit Erlaubnis einer inländischen Staatsbehörde ihren Wohnsitz haben. Handelsrichter haben gemäß § 116 GVG. alle Rechte und Pflichten richterlicher Beamter; sie fallen jedoch nicht unter § 570, weil sie in ihrer Eigenschaft als Handelsrichter nicht versetzt werden, vielmehr nicht versetzt werden können. Ferner fällt nicht unter § 570 die ganze Gruppe der Privatbeamten. Dies ergibt sich zweifelsfrei aus den Kommissionsberatungen (s. oben), woselbst hervorgehoben wurde, daß der Antrag, anstatt „Beamte“ zu setzen „öffentliche Beamte“ überflüssig sei, weil der Entwurf regelmäßig mit dem Ausdrucke „Beamter“ „öffentliche Beamte“ meine (vgl. auch OLGRspr. [Kammerg.] 11, 319). Der Privatbeamte fällt selbst dann nicht unter § 570, wenn ihm nebenbei öffentliche Funktionen übertragen sind, z. B. Privatförster üben auch Forst- und Jagdpolizei, Angestellte von Privateisenbahnen Bahnpolizei aus. Sie werden aber nicht versetzt in amtlicher Eigenschaft, sondern eben immer nur als Privatbeamte durch ihre jeweiligen Dienstherrn. Endlich gehören nicht hierher Hofbeamte und Rechtsanwälte (Niendorff [7] 302). Die Frage, ob Notare unter § 570 fallen, ist bestritten. Verneint ist sie von Niendorff [7] 302, wenigstens für die Regel und von Brückner, (die Miete von Wohnungen und anderen Räumen nach BGB. [2] 133 Anm. 4); bejaht dagegen von Staudinger, Komm. z. BGB. [2] § 570 Anm. II, 1, b, insbesondere für Bayern unter Hinweis auf Art. 8 des bayr. NotG.

Der Universitätsprofessor kann für den § 570 in doppelter Hinsicht in Betracht kommen, als Beamter und als Lehrer an einer öffentlichen Unterrichtsanstalt. Auch ihm wird von der herrschenden Meinung das Privileg des § 570 zugesprochen (Niendorff a. a. O. S. 301 [auch 304]; Staudinger § 570 Anm. II, 2a, Abs. 4 und die daselbst zit. Literatur; Crome, System des deutschen bürgerl. Rechtes Bd. II S. 583; Brückner a. a. O. S. 134). Vgl. im übrigen noch hinsichtlich der Beamten § 359 StGB. und die Kommentare dazu.

3. Geistliche: Hierher gehören lediglich die Geistlichen der staatlich anerkannten Religionsgesellschaften (Niendorff, Staudinger a. a. O.). —

4. Lehrer an öffentlichen Unterrichtsanstalten, d. h. an Lehranstalten, die im Namen des Staates oder einer öffentlichen Gemeinschaft nach Maßgabe der den öffentlichen Verbänden obliegenden Aufgaben geführt werden; sie müssen aber wirklich Lehrende sein, nicht etwa bloß Hilfsdienste leisten (vgl. Kohler Bd. II S. 271); letzterenfalls können sie jedoch wieder als Beamte in Betracht kommen; auch Hilfslehrer gehören hierher, nicht dagegen Lehrer an Privatschulen.

Die Personen der vier Kategorien müssen zur Zeit des Vertragsabschlusses Angehörige jener Berufsstände gewesen sein (vgl. Fischer-Henle, BGB. [7] 314; Niendorf 303; Staudinger § 570 Anm. V). Der § 570 trifft daher nicht zu bei Neuanstellung eines Beamten, oder bei Berufung eines Privatbeamten in ein öffentliches Amt (vgl. auch OLGRspr. [KG.] 11, 320). A. M. Kammergericht und v. Lippmann in Seuff. Bl. 1906 S. 565 ff. Dagegen wieder Francke in BayZfR. II S. 478.

Das Kündigungsrecht steht nur den betreffenden Personen der privilegierten Kategorien zu, nicht aber auch dem Vermieter. Würde z. B. letzterer einen versetzten Beamten gerne möglichst bald aus seinem Hause haben, weil er nicht notwendige Bauten vornehmen will, der Beamte dagegen macht von seinem vorzeitigen Kündigungsrechte keinen Gebrauch, weil er an seinem neuen Wohnort erst einige Zeit später eine für sich und seine Familie passende Wohnung finden konnte und er seine Familie deshalb noch eine Zeitlang an dem früheren Wohnorte zurücklassen will, so kann nicht etwa der Vermieter nach § 570 kündigen.

Streitig ist, ob § 570 für die ganze Familie wirkt, auch dann, wenn die Ehefrau als Mitmieterin aufgetreten ist. Die Frage wird bejaht von Niendorff 304 Z. 4, Brückner S. 134 und Staudinger § 370 Anm. II Z. 4, mit verschiedener Begründung. Niendorff behauptet, der Grund der Vorschrift, daß der Beamte infolge der Versetzung von der Wohnung ferner keinen Gebrauch machen könne, treffe auch dann zu, wenn der Beamte in Gemeinschaft mit seiner Frau gemietet habe. Denn auch als Mitmieter habe er die Räume für sich oder seine Familie gemietet und deshalb müsse ihm gestattet werden, bezüglich dieser Räume, also objektiv, nicht bloß für seine Person, das ganze Mietverhältnis aufzulösen. Dies entspreche der regelmäßigen Willensmeinung der Parteien und würde von ihnen im Vertrage vorgesehen worden sein, wenn sie an den Fall gedacht hätten. Wer dies nicht gelten lassen wolle, müßte dem Vermieter auch das Recht einräumen, gegen den einen Ehegatten, der vertragswidrig handle, auf Räumung zu klagen, mit dem anderen dagegen den Vertrag fortzusetzen.

Staudinger dagegen führt aus: Der Anwendung des § 570 werde hier der Umstand nicht entgegenstehen, daß die Ehefrau Mitmieterin nach dem Vertrage ist, da ja der Zwang der Versetzung mittelbar auch für die Ehefrau gelte (§ 1354), anderseits bei gegenteiliger Annahme die Anwendung des § 570, der, wie oben betont, eine weit auszulegende Begünstigung aus öffentlichem Rechte sein soll, vielfach illusorisch würde.

Dagegen verneint Keyßner (Recht 1903, 225) die Aufhebung des Mietvertrages auch für die Frau (falls diese mitgemietet hat) mit der Begründung, seit dem Jahre 1900 hätten die Vermieter es für angebracht gefunden, in den Mietvertrag die Ehefrau als Vertragsteil miteintreten zu lassen. Seien demnach der Beamte und seine Ehefrau Mieter, so bleibe die Ehefrau des versetzten Beamten als Mieterin an den Mietvertrag gebunden; in Anm. 4 erklärt Keyßner sodann noch: Auf die Frage, ob die Ehefrau des versetzten Ehemannes oder der Ehemann der versetzten Ehefrau aus § 425 BGB. ein Recht aus der gesetzlich zulässigen Kündigung des Gesamtschuldners herleiten kann, sei weiter nicht eingegangen; es genüge, für die obenstehende Betrachtung, daß beide Ehegatten nicht etwa wegen des zweifelhaften Eigentums an den eingebrachten Sachen des Mieters einzutreten veranlaßt worden sind, sondern gerade zur Beseitigung des nur dem Beamten und nicht dessen Ehegatten vom Gesetze gewährten Kündigungsrechtes.

Meines Erachtens ist zu unterscheiden: Hat der Vermieter ohne jede weitere Begründung — wie dies die Regel ist — verlangt, daß die Ehefrau mit in den Mietvertrag eintrete und die Ehefrau ist ohne weitere Erklärung in den Mietvertrag eingetreten, so wird für diesen Fall die Annahme gerechtfertigt sein, die Ehefrau habe sich in ganz gleicher Weise mit den gleichen Rechten und Pflichten, wie der Ehemann verpflichten wollen und demnach auch verpflichtet. Das Recht des Ehemannes auf vorzeitige Kündigung besteht aber ja schon bei Vertragsabschluß, vorausgesetzt, daß er bei Vertragsabschluß schon Angehöriger der vier privilegierten Kategorien ist (s. oben); es kann nun im Zweifelsfalle doch nicht als Wille der Frau angenommen werden, daß sie sich durch denselben Mietvertrag, den sie wohl in den meisten Fällen gemeinschaftlich mit ihrem Ehemann unterschreibt, in anderer Weise und in anderem Maße und Umfange verpflichten wollte, als ihr Ehemann sich verpflichtet hat. Und keinesfalls wird man es als Willen der Frau annehmen können, sich dahin zu verpflichten, ein Mietverhältnis, das der Mann für sich und seine Familie unter der Bedingung der Versetzung vorzeitig lösen kann, für ihre Person allein fortsetzen zu müssen. Anders dagegen liegt der Fall, wenn der Vermieter, um den Nachteil des § 570 für sich zu beseitigen, den Eintritt der Ehefrau in den Mietvertrag verlangt, dies zum Ausdruck bringt und die Ehefrau daraufhin tatsächlich in den Mietvertrag eingetreten ist. Denn dann ist der Wille der Parteien dahin gegangen, das der Mietvertrag zwischen dem Vermieter und der Ehefrau fortbestehen solle, auch wenn der Ehemann das Mietverhältnis auf Grund des § 570 vorzeitig zu lösen berechtigt sein sollte.

(Schluß folgt.)

Mitteilungen aus der Praxis.

Zum Verfahren bei Zuwiderhandlungen gegen die Vorschriften über die Erhebung öffentlicher Abgaben und Gefälle. In Nr. 13 des 2. Jahrganges dieser Zeitschrift (S. 280) wurde eine Notiz über die Frage veröffentlicht, ob im Verfahren bei Zuwiderhandlungen gegen die Vorschriften über die Erhebung öffentlicher Abgaben und Gefälle der Strafbescheid die Verjährung auch dann unterbricht, wenn der Beschuldigte die schriftliche Bestätigung des Empfangs verweigert. Das Oberste Landesgericht hat den nach dieser Notiz früher eingenommenen Standpunkt in einem Urteil vom 26. März 1907 verlassen und die Frage bejaht (Strafsache gegen den Maurer A. M. von N. wegen Zuwiderhandlung gegen das Hundegebührengesetz). Das Urteil kommt auf Grund eingehender Ausführungen zu der Annahme, daß Art. 89 Abs. 3 des bayer. AG. z. StPO. die unterschriftliche Bestätigung des Empfangs des Strafbescheids nicht als ein weiteres Erfordernis eines solchen neben den in § 459 StPO. durch das Reichsrecht festgesetzten Erfordernissen aufgestellt hat, und daß Art. 59 Abs. 3 nur der Verwaltungsbehörde die Möglichkeit bieten will, sich darüber zu entscheiden, ob sie von einer Strafverfolgung abstehen oder das gerichtliche Verfahren in Lauf setzen will, falls der Beschuldigte durch die Verweigerung der schriftlichen Bestätigung des Empfangs des erlassenen Strafbescheids seine gesetzmäßige Zustellung und damit die Eröffnung der Präklusivfrist für die Stellung des Antrags auf gerichtliche Entscheidung verhindert. Der Strafbescheid ist also mit seiner Abfassung erlassen; mit seiner schriftlichen Fixierung ist die Unterbrechung der Verjährung bewirkt und diese Wirkung kann nicht wieder dadurch aufgehoben werden, daß der Strafbescheid für das weitere Verfahren im übrigen so anzusehen ist, als ob er nicht erlassen wäre.

III. Staatsanwalt Leiling in Kaiserslautern.

Pfändung eigener Sachen. Der Bauer W. hat an den Fuhrmann S. ein Pferd unter Eigentumsvorbehalt bis zur völligen Zahlung des Kaufpreises verkauft. S. zahlte zwar einen Teil; auf den Rest wurde Versäumnisurteil erwirkt. Die Zwangsvollstreckung war erfolglos, weil S. außer dem Pferde keine pfändbaren Sachen hatte. W. stellte daher auf Grund des Eigentumsvorbehalts neuerliche Klage auf Herausgabe des Pferdes. S. verweigerte die Herausgabe, falls ihm nicht der gezahlte Kaufpreisteil zurückvergütet werde. Hierzu konnte sich der Verkäufer nicht verstehen, weil das Pferd inzwischen infolge schlechter Behandlung und Unterernährung minderwertig geworden war, und weil der Käufer durch die Benützung des Tieres einen entsprechenden Gewinn gehabt hatte, während ihm selbst dieser Gewinn entgangen war. Die Sache wurde schließlich durch Vergleich und Ratenzahlungen erledigt. Allein selbst, wenn der Verkäufer auch im zweiten Prozeß gesiegt hätte, wäre ihm durch die bedeutenden Kosten der beiden Prozesse ein erheblicher Schaden zugegangen, dessen Ersatz er wegen der Vermögenslosigkeit des Käufers nicht erwarten konnte. Hätte dagegen der Verkäufer die Pfändung des unter Eigentumsvorbehaltes verkauften Pferds vollziehen können, so hätte der zu erwartende Versteigerungserlös sehr wohl für den urteilsmäßigen Kaufpreisrest und die Kosten ausgereicht. Die Gerichtsvollzieherei verweigerte diese Pfändung.

Dieser Fall ist geradezu typisch. Der Verkauf unter Eigentumsvorbehalt kommt besonders häufig vor bei Viehkäufen und bei Verkauf von Möbeln und ähnlichen Gegenständen durch die Abzahlungsgeschäfte. Es ist somit in solchen Fällen der Eigentumsvorbehalt, welcher doch bezweckt, dem Verkäufer eine Sicherheit für seine Forderung zu gewähren, für den Verkäufer in zivilrechtlicher Hinsicht nahezu wertlos. Es fragt sich, ob die in der Literatur und Praxis vertretene Ansicht der Unpfändbarkeit eigener Sachen im Falle der Pfändung der unter Eigentumsvorbehalt gekauften Gegenstände richtig ist. Den wirtschaftlichen Bedürfnissen entspricht diese Auslegung keineswegs. Aber auch in rechtlicher Hinsicht bestehen dagegen begründete Bedenken. Herr Amtsrichter Roiger in München hat im Anschluß an einen praktischen Fall in Nr. 24 des Jahrgangs 1906 dieser Zeitschrift S. 477 ff. die Pfändung aus prozessualen und materiellen Gründen für unzulässig und unwirksam erklärt. In beiden Beziehungen kann der Begründung nicht beigetreten werden. Außerdem sprechen aber auch noch weitere rechtliche Erwägungen für die Pfändbarkeit eigener Sachen im Falle des Verkaufs unter Eigentumsvorbehalt.

I. Herr Amtsrichter Roiger will dem Schuldner die Einwendungen nach § 766 ZPO. zugestehen, weil die Pfändung zur Entstehung eines Pfandrechtes an den eigenen Sachen des Gläubigers führe; das sei aber nicht nur nach bürgerlichem Rechte, sondern auch nach Prozeßrecht ausgeschlossen. Diese Beweisführung scheint mir in keiner Richtung zutreffend. Nach § 1256 BGB. ist allerdings im allgemeinen ein Pfandrecht an eigenen Sachen ausgeschlossen; das Pfandrecht erlischt, wenn es mit dem Eigentum in einer Person zusammentrifft. Allein diese Bestimmung ist nicht absolut. Abs. 2 des § 1256 bestimmt ausdrücklich, daß das Pfandrecht als nicht erloschen gilt, soweit der Eigentümer ein rechtliches Interesse an seinem Fortbestehen hat. Wenn das Gesetz selbst eine solche Ausnahme festsetzt, muß man zugeben, daß die Vereinigung von Pfandrecht und Eigentum nicht unter allen Umständen unzulässig und unmöglich ist. Es muß also gerade auch für den Fall des Pfändungspfandrechtes diese Möglichkeit offengelassen werden. Es kommt noch dazu, daß das Mobiliarpfandrecht des BGB. und das Pfändungspfandrecht nach der ZPO. ihrer rechtlichen Natur nach wesentlich voneinander verschieden sind. Das Pfändungspfandrecht setzt nicht die Existenz einer Forderung voraus; es erlischt nicht ipso jure mit dem Wegfall der Forderung; es ist kein akzessorisches Recht. (Vgl. die eingehende Erörterung von Pagenstecher in Gruchots Beitr. Bd. 50 S. 254 ff.).

Der angeführte Aufsatz von Roiger hält die Pfändung eigener Sachen auf Grund des Prozeßrechts für ausgeschlossen, weil es nur eine Vollstreckung in das Vermögen des Gläubigers geben könne. Allein es taucht hier sofort die Frage auf, was unter „Vermögen“ zu verstehen ist. Eine Bestimmung dieses Begriffs enthält weder das BGB. noch die ZPO. Im allgemeinen versteht man unter Vermögen eine Gesamtheit von Sachen und Rechten aller Art (also auch dingliche Rechte). (Vgl. Kuhlenbeck, Komm. z. BGB. § 1085 u. a.). Es ist somit der Fall denkbar, daß eine Sache in verschiedenen rechtlichen Beziehungen zu verschiedenen Vermögen gehört.

Dies ist gerade der Fall beim Kauf unter Eigentumsvorbehalt, indem das Eigentum zum Vermögen des Verkäufers, Besitz und Nutznießung dem Käufer gehören. Mit der angegebenen Begriffsbestimmung ist also auch nichts gewonnen.

Die ZPO. selbst enthält sich ebenfalls einer Bestimmung, daß nur die Vollstreckung in das Vermögen des Schuldners zulässig ist. §§ 803, 804 sagen nur: Die Zwangsvollstreckung in das bewegliche Vermögen erfolgt durch Pfändung und durch die Pfändung erwirbt der Gläubiger ein Pfandrecht an dem gepfändeten Gegenstande. Ferner § 808: Die Pfändung der im Gewahrsam des Schuldners befindlichen körperlichen Sachen erfolgt durch Inbesitznahme seitens des Gerichtsvollziehers. Nach diesen Bestimmungen ist die Auslegung, als ob die Zwangsvollstreckung nach der ZPO. nur in das Vermögen des Schuldners gehe, schon dem Wortlaute dieser Bestimmung nach zu eng. Sie ist es auch aus einem weiteren Grunde. Wäre sie richtig, so wäre die notwendige Folge, daß der Gerichtsvollzieher bei Vornahme der Zwangsvollstreckung genau prüfen müßte, ob die zu pfändende Sache zum Vermögen des Schuldners gehört. Hierzu ist er weder aus persönlichen Gründen noch mit Rücksicht auf die Dringlichkeit der Vollstreckung und auf die Unmöglichkeit, an Ort und Stelle eine Prüfung vorzunehmen, in der Lage. Der Gerichtsvollzieher müßte zum mindesten, wenn nach seiner Meinung eine Sache nicht zum Vermögen des Schuldners gehört, von der Pfändung abstehen. Nun sagt aber § 97 der bayerischen Geschäftsanweisung für die Gerichtsvollzieher gerade, daß der Gerichtsvollzieher sich von der Pfändung auch dann nicht abhalten lassen darf, wenn der Schuldner die zu pfändenden Sachen als einem Dritten gehörig bezeichnet oder wenn ein Dritter das Eigentum an ihnen in Anspruch nimmt. Diese Vorschrift wäre somit geradezu contra legem.

Eine weitere Folge der hier bekämpften Auffassung wäre die, daß das Pfandrecht an Gegenständen, die nicht zum Vermögen des Schuldners gehören, ohne weiteres nichtig wäre. Es müßte daher von Amts wegen geprüft werden, ob die gepfändete Sache dem Schuldner oder einem Dritten gehört, und von Amts wegen gegebenenfalls die Freigabe festgestellt werden. Nach den bestehenden Vorschriften ist dies nicht der Fall. Im Gegenteil, wenn von dem berechtigten Dritten Widerspruch nicht erhoben wird, bleibt das Pfandrecht bestehen, und erfolgt die Verwertung durch Versteigerung.

Auf alle diese Umstände kann aber bei der Pfändung keine Rücksicht genommen werden. Die ganze Art, wie die Vollstreckung im geltenden Rechte geregelt ist, erfordert, daß soweit möglich die Rechtslage von äußerlich leicht erkennbaren Tatbeständen abhängig ist (Pagenstecher a. a. O. S. 296); es kann bei Vornahme der Pfändung eine Prüfung der materiellrechtlichen Fragen durch den Vollstreckungsbeamten nicht vorgenommen werden. Die ZPO. unterscheidet demnach bei der Vollstreckung in bewegliche Gegenstände nicht zwischen Vermögen des Schuldners und anderer Personen, sondern Voraussetzung für die Zulässigkeit der Vornahme der Pfändung und zur Begründung eines Pfandrechtes an beweglichen Sachen ist nur, daß sich die zu pfändenden Sachen im Gewahrsam des Schuldners befinden.

Die ZPO. enthält keinerlei Verbot der Pfändung der im Gewahrsam des Schuldners befindlichen, aber dritten Personen, also auch dem Gläubiger selbst, gehörigen Sachen; im Gegenteil, sie hält sogar den Vollstreckungsbeamten dazu an, solche Gegenstände auch dann zu pfänden, wenn derartige Rechtsansprüche von dritten Personen geltend gemacht werden. Wenn aber die Pfändung solcher Gegenstände den Vorschriften der ZPO. nicht widerspricht, so kann auch von einer Anwendbarkeit des § 766 ZPO. nicht die Rede sein. Denn § 766 kommt nur in Betracht bei Anträgen, Erinnerungen und Einwendungen des Schuldners, und wenn behauptet wird, daß der Gerichtsvollzieher bei der Vornahme der Vollstreckungshandlungen gegen die Vorschriften des Gesetzes verstoßen hat. Ein derartiger Verstoß liegt aber bei Pfändung von nicht dem Schuldner gehörigen, aber in dessen Gewahrsam befindlichen Gegenständen nicht vor.

§ 766 gibt dem Vollstreckungsgerichte auch gar nicht die Möglichkeit, materiell-rechtliche Fragen zu prüfen. Dies ist Sache des Prozeßgerichtes. Das Vollstreckungsgericht hat nach § 766 ZPO. lediglich zu prüfen, ob die Vorschriften der ZPO. bei der Pfändung eingehalten sind.

II. Selbst wenn man aber meinen bisherigen Ausführungen nicht beitreten wollte, so halte ich auch aus materiell-rechtlichen Erwägungen heraus die Bejahung der aufgeworfenen Frage für gerechtfertigt. Das Eigentum ist die volle rechtliche Herrschaft über eine Sache. Der Eigentümer kann mit der Sache nach Belieben verfahren. § 903 BGB. Das Pfandrecht ist die Belastung einer beweglichen Sache, kraft deren der Gläubiger berechtigt ist, zur Sicherung einer Forderung Befriedigung aus der Sache zu suchen. (§ 1204 BGB.). Das Pfandrecht enthält also weniger Rechtsgewalt wie das Eigentum. Als Eigentümer kann der Gläubiger von dem Schuldner, welcher eine Sache unter Eigentumsvorbehalt für den Verkäufer kauft, Herausgabe verlangen. Als Inhaber eines Vollstreckungstitels dagegen verlangt der Gläubiger für seine urteilsmäßig festgestellte Kaufpreisforderung Befriedigung aus dieser Sache. Sobald er völlig befriedigt ist, hat er kein Interesse mehr an der Aufrechterhaltung des Eigentumsvorbehalts; es geht in diesem Augenblick das Eigentum von selbst auf den Käufer über.

Wenn nun der Gläubiger, statt sein Recht auf Herausgabe der Sache geltend zu machen, nur Befriedigung aus dieser Sache im Wege der Zwangsvollstreckung verlangt, so erklärt er damit, daß er auf sein Eigentumsrecht verzichten und nur noch ein durch die Vollstreckung zu begründendes Pfandrecht geltend machen will. Dieser Verzicht ist aber nicht endgültig und unbedingt. Der Gläubiger will vielmehr nur für den Fall verzichten, daß er infolge der Pfändung und Durchführung des Vollstreckungsverfahrens für das Guthaben Befriedigung erlangt, bis zu dessen Tilgung sein Eigentumsvorbehalt aufrecht erhalten ist. In der Pfändung liegt also nur ein bedingter Verzicht auf das Eigentum. Der mit der Begründung des Pfändungspfandrechtes zum Zwecke der Zwangsvollstreckung erklärte Verzicht soll rechtsunwirksam sein, wenn die Pfandobjekte nicht versteigert werden. Einen unbedingten Verzicht anzunehmen und zu konstruieren ist um deswillen bedenklich, weil nach Umständen der Gläubiger sein Eigentum durch Verzicht verlieren und die Pfändung wegen der Unpfändbarkeit nach § 811 ZPO. unzulässig sein könnte. Z. B. ein Bett ist unter Eigentumsvorbehalt an den Schuldner

verkauft und ist für ihn unentbehrlich (oder eine Milchkuh). Diese Bedenken entfallen, wenn man einen bedingten Verzicht auf das Eigentum annimmt. Diese Auslegung dürfte auch am besten dem Parteiwillen entsprechen. Gerade der praktische Jurist hat häufig in solchen Fällen Gelegenheit, zu hören: „mit der Herausgabe ist mir nicht gedient; ich will nur Zahlung meines Restguthabens, nach dessen Empfang verzichte ich auf den Eigentumsvorbehalt usw." Diese Auffassung entspricht aber auch zweifellos weit eher dem praktischen Bedürfnisse der Rechtspflege, als die von mir bekämpfte, welche dem Schuldner auch noch die Beschwerde nach § 766 ZPO. gewährt, unter den heutigen Verhältnissen ein neues Mittel in der Hand des zahlungsunlustigen Schuldners, um den Gläubiger zu schikanieren. Der Rechtsanspruch des Gläubigers im Vollstreckungsverfahren ist aber nicht minder schutzbedürftig wie das Interesse des Schuldners.

Somit komme ich zu dem Ergebnis, daß die Pfändung der im Eigentum des Gläubigers, aber im Gewahrsam des Schuldners befindlichen Sachen nicht unzulässig ist. Im wesentlichen die gleiche Auffassung hat Rechtsanwalt Rich. Mayer in Berlin in den Blättern für Rechtspflege im Bezirk des Kammergerichts 1906 S. 13 vertreten. Auch das LG. Berlin I soll in zwei mir zurzeit nicht zugänglichen Beschlüssen zweier verschiedener Zivilkammern vom Jahre 1905 auf weitere Beschwerde der Gläubiger entschieden haben, daß die Pfändung der im Eigentum des Gläubigers stehenden Sachen zulässig ist.

Rechtsanwalt Dr. Then I in Würzburg.

Aus der Praxis der Gerichte.

Reichsgericht.

Zivilsachen.

I.

1. Rechtliche Tragweite der Vereinbarung, durch die sich der Grundstückseigentümer verpflichtet, einer Hypothek den zweiten Rang nach der an erster Stelle eingetragenen Baugelderhypothek zu verschaffen. 2. Welche Ansprüche stehen dem Hypothekgläubiger gegen die Konkursmasse des Eigentümers zu, wenn der Konkursverwalter einer solchen Vereinbarung zuwidergehandelt hat? (BGB. §§ 157, 133, 879 ff., 1163; KO. §§ 3, 59 Nr. 1 und 3). Durch notariellen Vertrag vom 2. April 1904 verkaufte der Kläger mehrere Grundstücke an den Architekten Mott. Dieser bewilligte zur Sicherung des Restkaufpreises von 165 000 Mk. eine Buchhypothek an sämtlichen Grundstücken an 1. Stelle, war aber berechtigt, falls er bauen wollte, auf der Baufläche ein Baudarlehen bis zu 60% des Schätzungswerts im Vorrang vor der Hypothek des Klägers eintragen zu lassen. Auch verpflichtete sich der Kläger, auf Verlangen die Gesamthypothek nach Verhältnis der Flächen der einzelnen Neubauten zu zerlegen und auf die Hypothek zu verzichten, wenn ihm 70 Mk. für das qm auf Abrechnung der zuletzt fälligen Kaufzieler bezahlt würden. Dieser Vertrag wurde durch einen notariellen Nachtrag vom 20. April 1904 geändert. Mott verpflichtete sich für den Fall, daß die Kaufgrundstücke in Bauplätze eingeteilt und überbaut würden, für das qm der überbauten Fläche 70 Mk. unter gleichmäßiger Minderung der rückständigen Kaufzieler zu zahlen. Der Kläger verpflichtete sich, dem Mott den zu zahlenden Betrag als Darlehen zu gewähren. Für dieses sollte er an Stelle der Kaufpreishypothek eine Darlehenshypothek erhalten, vor der aber einer auf der überbauten Fläche für ein Darlehen von 60% des Schätzungswertes einzutragenden Hypothek der Vorrang einzuräumen war. Nach der Auflassung schloß Mott am 12. Oktober 1904 mit der Rh. Bank in M. einen Darlehensvertrag. Die Bank versprach ein in Raten zu zahlendes Darlehen von 66 000 Mk.; Mott verpflichtete sich für dieses Darlehen auf die zu den Kaufgrundstücken gehörige Parzelle $\frac{4054}{17}$ eine Hypothek an 1. Stelle eintragen zu lassen. Der Bank stand in gewissen Fällen das Recht zu, die Auszahlung der noch nicht abgehobenen Beträge zu verweigern. Am 31. Oktober 1904 wurde zugunsten der Bank eine Briefhypotek von 66 000 Mk. an 1. Stelle eingetragen und gleichzeitig eine Vormerkung zur Sicherung des Anspruchs der Bank auf Löschung der Hypothek, wenn und insoweit sie sich mit dem Eigentum in einer Person vereinigte. Am 8. November 1904 stellte Mott dem Kläger für ein dem Vertrage vom 20. April 1904 entsprechend zustandegekommenes Darlehen von 14 000 Mk. eine Schuldurkunde aus und bewilligte hierfür die Eintragung einer Buchhypothek an der Parzelle $\frac{4054}{17}$. In dieser Urkunde verpflichtete sich Mott, der Hypothek den zweiten Rang nach Vorrang von 66 000 Mk. zugunsten der Rh. Bank zu verschaffen. Im Dezember 1904 wurde die Hypothek an den Kaufmann Rotmantel abgetreten. Der Kläger hatte dem Rotmantel als Selbstschuldner zu haften. An 3. Stelle folgte eine Briefhypothek des Nebenintervenienten Bock über 10 000 Mk. Die Rh. Bank zahlte von dem Darlehen nur 49 000 Mk. Weitere Zahlungen verweigerte sie. Im Mai 1905 trat sie mit der Erklärung, die Forderung sei nur in Höhe von 49 000 Mk. entstanden, die Forderung, sowie die Hypothek mit allen Rechten und Pflichten und den Anspruch an den Grundstückseigentümer gemäß § 1179 BGB. an den Nebenintervenienten Bock ab. Bock trat die Forderung mit allen Rechten am 2. Juni 1905 seinem Schwiegervater, dem Privatmann Voller ab. Auf dessen Antrag wurde am 5. Juni 1905 die Zwangsversteigerung der Parzelle $\frac{4054}{17}$ angeordnet. Am 24. Juni 1905 wurde über das Vermögen des Mott der Konkurs eröffnet. Der Konkursverwalter vereinbarte im Juli 1905 mit Voller, daß dieser auf die Vormerkung auf Löschung verzichte, der Konkursverwalter dagegen aus dem Betrag von 17 000 Mk., der auf die Eigentümergrundschuld fiele, an Bock so viel zahle, daß dieser für seine Forderung nebst Zinsen und Kosten, sowie für die Provision befriedigt würde. Demgemäß wurde die Vormerkung gelöscht und 17 000 Mk. Teilbetrag als Grundschuld auf den Eigentümer Mott eingetragen.

Am 2. August 1905 wurde dem Kläger auf das Grundstück $\frac{4054}{17}$ im Versteigerungstermin der Zuschlag erteilt. Der zu verteilende Erlös betrug im Verteilungstermin 70 391,23 Mk. Hiervon blieb die 1. Hypothek im Betrage von 49 000 Mk. gemäß § 91 Abs. 2 ZwVG. bestehen. 7000 Mk. zahlte der Kläger bar; die Zahlung des Restes von 14 391,23 Mk. verweigerte er vorerst. Nach dem Teilungsplan fielen auf Mott 17 000 Mk., auf Rotmantel 614,66 Mk. an Zinsen und 2099,34 Mk. an der Hauptsumme; mit dem Rest von 11 900,66 Mk. blieb Rotmantel unbefriedigt. Bock fiel ganz aus. Mott wurden von dem Bargeld 5322,77 Mk. zugewiesen; in Höhe von 11 677,23 Mk. wurde die Forderung gegen den Ersteher, den Kläger, auf ihn übertragen. Rotmantel erhob gegen den Plan im Termin Widerspruch und verlangte Einstellung seiner ganzen Forderung vor Mott. Der Kläger schloß sich als Bürge des Rotmantel dem Widerspruch an. Infolge des Wider-

spruchs wurden die 5322,77 Mk. hinterlegt. Im Oktober 1905 strengte der Kläger gegen den Konkursverwalter Widerspruchsklage an. Am 7. November 1905 stellte Rotmantel dem Kläger eine Abtretungsurkunde aus, in der er bekundete, die Hypothek von 14000 Mk. nebst Zinsen und Kosten an den Kläger abgetreten zu haben. Durch das Urteil 1. Instanz wurde seinem Antrage nur zum Teil entsprochen. Gegen das Urteil hat der Konkursverwalter Berufung eingelegt und um Abweisung der Klage gebeten. Der Kläger hat sich der Berufung angeschlossen und beantragt, 1. die Konkursmasse zur Zahlung von 2608,77 Mk. nebst 4% Zinsen seit 1. April 1906 zu verurteilen, 2. festzustellen, daß er nicht verpflichtet sei, der Konkursmasse eine weitere Zahlung zu leisten und diese nicht berechtigt sei, aus dem Teilungsplan eine Zwangsvollstreckung gegen ihn vorzunehmen. Der Kläger behauptet, die 2. Hypothek von 14000 Mk. nebst Zinsen sei vor der Eigentümerhypothek zu berücksichtigen, weil er nach dem zwischen ihm und Mott geschlossenen Vertrage nur zugunsten des Baudarlehens der Bank, um eine Bebauung des Grundstücks zu ermöglichen, nicht auch zugunsten einer Eigentümerhypothek in den 2. Rang habe zurücktreten sollen. Die Verabredung des Konkursverwalters mit Boller verstoße gegen Treu und Glauben und sei nichtig. Durch die Berücksichtigung der Eigentümerhypothek vor der seinigen werde die Konkursmasse auf seine Kosten ungerechtfertigt bereichert. Unbestritten wurden vom Kläger 5322,77 Mk. hinterlegt und diese nebst Zinsen an den Konkursverwalter im März 1906 ausgezahlt. Vorher hatte der Kläger an den Konkursverwalter 2385,34 Mk., nämlich die Differenz zwischen 17000 Mk., dem Betrage der Eigentümerhypothek, und 14614,66 Mk. dem Betrage der 2. Hypothek, gezahlt. Er hat unbestritten noch 2714 Mk., die Differenz zwischen 14614,66 Mk. und 11900,66 Mk. zu zahlen, da die 2. Hypothek nicht ganz, sondern nur mit 11900,66 Mk. ausgefallen war. Er verlangt 2608,77 Mk., nämlich die Differenz zwischen 5322,77 Mk. und 2714 Mk. zurück. Bezüglich des Antrages unter 2. weist Kläger darauf hin, daß die Forderung an ihn gemäß § 132 ZwVG. vollstreckbar sei. Durch rechtskräftigen Beschluß des Amtsgerichts St. ist nämlich der Klage die Wirkung des § 878 ZPO. versagt und die Ausführung des Teilungsplanes angeordnet. Der Konkursverwalter führt aus, der Kläger hätte höchstens einen obligatorischen, als Konkursforderung geltend zu machenden Anspruch gegen Mott, die Eigentümerhypothek löschen zu lassen oder mit ihr zurückzutreten. Das OLG. hat dem Antrage des Klägers im wesentlichen stattgegeben. Statt der unter 2. beantragten Feststellung hat er die Zwangsvollstreckung wegen der dem Mott übertragenen Forderung im Restbetrage von 9291,89 Mk. (nämlich von dem dem Mott im Teilungsplan überwiesenen Betrage von 11677,23 Mk. abzüglich der vom Kläger darauf gezahlten 2385,34 Mk.) nebst Zinsen für unzulässig erklärt. Die Revision des Konkursverwalters hatte keinen Erfolg.

Gründe: 1. Die Revision ist unbegründet. Das OLG. stellt als Vertragswillen bei Ausstellung der Urkunde vom 8. November 1904 (II 5) fest, daß die Darlehenshypothek des Klägers nur insoweit hinter die Baugelderhypothek zurücktreten sollte, als das Baudarlehen zur Herstellung des Gebäudes verwendet würde. Er schließt dies daraus, daß nach Zweck und Inhalt der Verträge vom 9. und 20. April 1904 der Kläger mit seiner Sicherung nur insoweit zurückzutreten hatte, um die Möglichkeit zu schaffen, das zum Bau notwendige Geld zu bekommen, und daß die Urkunde vom 8. November 1904 in Ausführung der Verträge vom 9. und 20. April 1904 aufgenommen ist. Durch diese Feststellung ist eine Rechtsnorm nicht verletzt. Insbesondere liegt eine Verletzung der §§ 157, 133, 879 ff., 1163 BGB. und des § 286 ZPO. nicht vor. Das OLG. sagt nicht, daß es sich bei Ausstellung der Urkunde vom 8. November 1904 um eine Vorrangseinräumung im Sinne der §§ 879 ff. BGB. handelte und daß jede Vorrangseinräumung an Baugelder nur insoweit Geltung habe, als Baugelder wirklich gegeben worden seien. Er schließt vielmehr aus dem Zweck und Inhalt der Verträge vom 9., 20. April und 8. November 1904, daß im vorliegenden Falle der Vertragswille der Parteien der von ihm festgestellte, oben angegebene sei. Wenn der Berufungsrichter sagt, in der Urkunde vom 8. November 1904 sei hervorgehoben, daß nur gerade das Baudarlehen vorgehen solle, so steht diese Aeußerung mit dem Inhalte der Urkunde nicht in Widerspruch. Mott verpflichtet sich in der Urkunde, der Hypothek des Klägers den zweiten Rang nach Vorgang von 66000 Mk. zugunsten der Rh. Bank zu verschaffen, und diese Hypothek ist diejenige für das Baudarlehen. Der Umstand, daß die Bank bei der Eintragung ihrer Hypothek eine Vormerkung zur Sicherheit ihres Anspruchs auf Löschung der Hypothek für den Fall der Vereinigung mit dem Eigentum hatte eintragen lassen, steht mit der Auslegung, die das OLG. dem Vertrage gegeben hat, keineswegs im Widerspruch. Das OLG. nimmt weiter an, daß der Kläger den Anspruch gegen Mott, — eine ihm zustehende Eigentümergrundschuld nicht zu seinem Vorteil und zum Nachteil des Klägers auszunutzen —, bei der Abtretung seiner Darlehenshypothek an Rotmantel entweder bei sich zurückbehalten oder an Rotmantel mit abgetreten und dann wieder (am 7. November 1905) zurückerhalten habe. In dieser Feststellung ist eine Gesetzesverletzung nicht zu erblicken. Allerdings würde nach § 401 BGB. mit der abgetretenen Forderung auf Rotmantel nicht ohne weiteres auch der Anspruch des Klägers gegen Mott übergegangen sein, eine ihm zustehende Eigentümerschuld nicht zu seinem Vorteil und nicht zum Nachteil des Klägers auszunutzen. Aber dies behauptet das OLG. auch nicht, sondern läßt es dahingestellt sein.

2. Das OLG. nimmt ferner an, die Eigentümergrundschuld des Mott sei vor der Konkurseröffnung entstanden. Boller würde, wenn er die Vereinbarung mit dem Konkursverwalter hinsichtlich der Vormerkung auf Löschung nicht getroffen hätte, von seinem Rechte, die Eigentümergrundschuld löschen zu lassen, Gebrauch gemacht haben. Dann würde der Kläger (oder Rotmantel) für seine Darlehensforderung völlig befriedigt worden sein. Durch die Vereinbarung mit Boller habe der Konkursverwalter die Pflichten des zwischen dem Kläger und Mott geschlossenen Vertrages verletzt, die Eigentümergrundschuld nicht zum Schaden des Klägers auszunutzen. Der Kläger dürfe auf Grund des mit Mott geschlossenen Vertrages Leistungen, die er infolge des vertragswidrigen Verhaltens des Konkursverwalters zu machen gehabt hätte, soweit sie gemacht seien, zurückfordern und, soweit sie noch nicht gemacht seien, verweigern. Er könne daher das fordern, wozu der Beklagte verurteilt ist. Diese Ausführungen verstoßen nicht gegen das Gesetz. Der Anspruch des Klägers ist ein Anspruch aus § 59 Nr. 1 KO. und nicht eine Konkursforderung. Der Gemeinschuldner Mott war dem Kläger gegenüber vertragsmäßig dazu verpflichtet, die Ausnutzung der Eigentümergrundschuld zu seinem Vorteil und zum Nachteil des Klägers zu unterlassen. Wäre der Konkurs nicht ausgebrochen, so hätte Mott es unterlassen müssen, mit Boller einen solchen Vertrag zu schließen, wie später der Konkursverwalter. Dieser hatte allerdings die Verpflichtung, für die Masse soviel wie möglich zu retten, aber nur unter Wahrung der vom Gemeinschuldner wirksam geschlossenen Verträge. Macht er einem solchen Vertrage entgegen Rechte geltend, so steht ihm daraus eine Einrede entgegen. Denn bei Ausübung seines Verwaltungsrechts können ihm alle Einreden entgegen-

gesetzt werden, die dem Gemeinschuldner gegenüber vorgebracht werden konnten. Das Verhältnis ist ein anderes als im Falle der Nichterfüllung einer Schuld des Gemeinschuldners. Der Gemeinschuldner Mott hatte seiner Unterlassungspflicht nicht zuwidergehandelt. Erst nach der Konkurseröffnung hat der Konkursverwalter der vertragsmäßigen Verpflichtung des Mott entgegen die Vereinbarung mit Voller getroffen und demgemäß den ganzen Betrag der Eigentümergrundschuld liquidiert, anstatt 11 900,66 Mk. weniger zugunsten der Rotmantelschen, später an den Kläger abgetretenen Hypothek. Die Zahlungen, die der Kläger zurückfordert, sind nicht an den Gemeinschuldner, sondern an den Konkursverwalter und die Ueberweisung der Forderung auf den hier fraglichen Teil des Steigpreises ist nicht auf den vom Gemeinschuldner, sondern auf den vom Konkursverwalter unter Außerachtlassung der vertragsmäßigen Unterlassungspflicht des Gemeinschuldners gestellten Antrag erfolgt. Der Kläger macht also nicht einen nach § 3 KO., sondern einen nach § 59 Nr. 1 KO. begründeten Anspruch geltend. Die Konkursmasse hat, wie in den Gründen des Berufungsurteils näher angegeben ist, durch den Vertrag des Konkursverwalters mit Voller 2708,77 Mk. und die Ueberweisung einer Forderung gegen den Kläger in Höhe von 9291,81 Mk. zu viel erhalten. Da der Kläger einen Massenanspruch aus § 59 Nr. 1 KO. und nicht einen solchen aus § 59 Nr. 3 a. a. O. hat, so haftet ihm die Konkursmasse nicht bloß auf die Bereicherung, sondern auf das, was sie durch die Handlung des Konkursverwalters erhalten hat. (Urt. des V. ZS. vom 5. Juni 1907, V 437/06).

1015 — — — n.

II.

Wenn Berufung eingelegt ist und unter den Parteien Streit über die Richtigkeit der Zustellung besteht, von welcher der Lauf der Berufungsfrist abhängt, so muß der Gerichtsschreiber kein Zeugnis darüber ausstellen, daß innerhalb der Frist kein Schriftsatz zum Zwecke der Terminsbestimmung eingereicht worden sei.

Gründe: Nachdem beim OLG. am 17. Juni 1907 eine Berufungsschrift des Beklagten gegen ein Urteil des LG. D. eingereicht und am 20. Juni die eingeforderten Prozeßakten eingegangen waren, hat der Kläger bei dem Gerichtsschreiber des OLG. unter Beifügung einer Ausfertigung des Urteils mit dem vom 15. Mai 1907 datierten Empfangsbekenntnis des Beklagten die Ausstellung eines Zeugnisses beantragt, daß innerhalb der Berufungsfrist ein Schriftsatz zum Zwecke der Terminsbestimmung nicht eingereicht worden sei. Der Gerichtsschreiber hat den Antrag zurückgewiesen und das vom Kläger angerufene OLG. hat es abgelehnt, diese Entscheidung zu ändern. Zur Begründung führt es aus: die Berufung sei allerdings, die Gültigkeit des vom Kläger vorgelegten Empfangsbekenntnisses vorausgesetzt, erst nach Ablauf der Notfrist eingelegt; aber vom Beklagten werde laut der Berufungsschrift der 17. Mai als Tag der Zustellung des Urteils bezeichnet, also behauptet, daß die Notfrist gewahrt sei; ob nicht Umstände obwalten, die diese Angabe rechtfertigen, ob insbesondere jenes Empfangsbekenntnis infolge Irrtums unrichtig datiert sei, entziehe sich der Kenntnis des Gerichtsschreibers; er sei daher befugt gewesen, das Zeugnis zu versagen. Die Beschwerde gegen diesen Beschluß kann keinen Erfolg haben. Zwar geht die vom OLG. gegebene Begründung fehl. Denn es handelt sich nicht um ein Zeugnis über die Rechtskraft (ZPO. § 706 Abs. 1), sondern um ein Zeugnis nach Abs. 2, das lediglich die Bezeugung der Tatsache enthält, daß innerhalb der Notfrist oder, falls der Beginn der Notfrist nicht urkundlich nachgewiesen ist, bis zum Tage der Ausstellung des Zeugnisses ein Schriftsatz zur Terminsbestimmung nicht eingereicht worden ist, und das daher auch dann ausgestellt werden kann, wenn unter den Parteien Streit über die Richtigkeit der Zustellung herrscht, von der der Beginn der Notfrist abhängt. Allein da dieses Zeugnis nur zu dem Zwecke ausgestellt wird, die Grundlage für das Rechtskraftszeugnis (Abs. 1) oder die Vollstreckungsklausel (ZPO. § 724) abzugeben, so erstreckt sich die Verpflichtung zur Ausstellung nur auf solche Fälle, in denen dieser Zweck es erfordert. Völlig zwecklos ist aber die Ausstellung des im § 706 Abs. 2 erwähnten Zeugnisses dann, wenn — wie hier — der um die Erteilung des Zeugnisses angegangene Gerichtsschreiber selbst derjenige ist, dem die Erteilung des Zeugnisses der Rechtskraft, oder der Vollstreckungsklausel zusteht. (Beschl. des VI. ZS. vom 11. Juli 1907).

1028 — — — n.

III.

Wenn durch ein Zwischenurteil nach § 304 ZPO. über den Grund eines Rentenanspruchs entschieden wird, der auf § 844 Abs. 2 BGB. gestützt ist, so ist es nicht unbedingt erforderlich, daß das Urteil auch über die zeitliche Begrenzung der Renten entscheidet.

Aus den Gründen: Die Revision rügt, daß das OLG. die zeitliche Begrenzung der Renten, deren Dauer für die einzelnen Kläger verschieden sei, im Verfahren zum Grund des Anspruchs hätte vornehmen müssen. Dieser Angriff konnte nicht zur Aufhebung des Urteils führen. Zwar hätten die Vorinstanzen auf eine Verbesserung des Klageantrags hinwirken sollen, der eine nach Betrag und Dauer einheitliche Rente für die Witwe und die in verschiedenem Alter stehenden Kinder verlangt, während der Witwe nur für die mutmaßliche Lebensdauer des Getöteten, den Kindern in diesem Rahmen nur für die Zeit ihrer Unterhaltsbedürftigkeit eine Rente zukommt (§§ 3 Abs. 2 HaftpflGes., 1601, 1602 BGB.). Indes ist bereits in der Klageschrift bemerkt, daß die Rente mit dem Eintritt der Erwerbsfähigkeit der Kinder sich ermäßigen werde. Es ist daher anzunehmen, daß nur die Fassung des Klageantrags ungenau ist, und der Klageanspruch in Wahrheit nach Maßgabe der gesetzlichen Bestimmungen hat erhoben werden wollen; daß jedenfalls das Berufungsgericht ihn so verstanden und nur mit der aus dem Gesetz sich ergebenden zeitlichen Einschränkung dem Grunde nach für gerechtfertigt erklärt, die Festsetzung der Dauer der Rente für jeden einzelnen Kläger aber dem Nachverfahren vorbehalten hat. Bei dieser Auslegung des Berufungsurteils ist die Verweisung der zeitlichen Begrenzung der Renten in das Nachverfahren nicht rechtsirrig. Das in Bd. 64 S. 33 der Entsch. abgedruckte Urteil des erkennenden Senats behandelt einen wesentlich andern Fall. Dort hatte die Witwe die Unterhaltsrente ausdrücklich für die Dauer ihres Lebens begehrt mit der Begründung, daß sie mutmaßlich ebenso lang leben werde, wie ihr getöteter Ehemann gelebt haben würde. Das reichsgerichtliche Urteil hat es beanstandet, daß dieser über die Schranke des § 844 BGB. geflissentlich hinausgehende Anspruch dem Grunde nach für gerechtfertigt erklärt wurde, weil vermöge der Rechtskraft des Zwischenurteils nach § 304 ZPO. der Beklagte im Nachverfahren mit seinen Einwendungen gegen jene Zuvielforderung nicht mehr gehört werden könnte. Hier ist bei der dargelegten Bedeutung des angefochtenen Urteils für eine solche Besorgnis kein Raum. (Urt. des VI. ZS. vom 4. Juli 1907).

1029 — — — n.

IV.

Eine Verfügung über das Recht des Nacherben fällt nicht unter die Vorschrift des § 312 Abs. 1 Satz 1 BGB., sie bedarf aber der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung. Aus den Gründen: Das auf die Klägerin übergegangene Recht aus der Einsetzung ihres Mannes als Nacherben unterlag ihrer Verfügung. Sie

war insbesondere befugt, es auf andere zu übertragen. Zwar fällt die Erbschaft dem Nacherben erst mit dem Eintritte des Falles der Nacherbfolge an (§ 2139), allein schon vor dem Erbanfalle hat der Nacherbe, der den Erbfall erlebt, ein Recht aus der Einsetzung als Nacherbe erworben und dieses Recht hat den künftigen Anteil an der Erbschaft zum Gegenstande. Eine Verfügung über dieses Recht fällt nicht unter die Vorschrift des § 312 Abs. 1 Satz 1, wonach ein Vertrag über den Nachlaß eines noch lebenden Dritten nichtig ist, denn hier handelt es sich um den Nachlaß eines Verstorbenen. Auch die Entstehungsgeschichte des BGB. spricht für die Annahme eines Verfügungsrechts des Nacherben über sein nacherbschaftliches Recht. Bei der Beratung des 1. Entwurfs wurde geprüft, ob es nicht angezeigt sei, durch eine besondere Vorschrift den über das nacherbschaftliche Recht vor Eintritt der Nacherbfolge abgeschlossenen Vertrag für nichtig zu erklären. Man nahm jedoch von einer solchen Vorschrift Abstand. Bei der 2. Lesung ging die Mehrheit von der Annahme aus, daß der zum Nacherben Berufene vom Erbanfall an ein festes, vererbliches Recht habe, das er schon vor dem endgültigen Anfalle der Erbschaft verwerten könne und das die Gläubiger des Nacherben diesem und seinen Kindern entziehen könnten.

Die von der Klägerin ausgestellte Urkunde enthält eine Verfügung. Sie hat sich darin wegen aller Ansprüche an die Vorerbin und an den Nachlaß ihres Schwiegervaters für abgefunden erklärt. Dadurch hat sie zum Ausdrucke gebracht, daß sie die durch die Einsetzung ihres Ehemannes als Nacherbe begründeten, auf sie im Wege des Erbganges übergegangenen Rechte zugunsten anderer aufgebe. Darin liegt die Uebertragung ihrer eigenen Rechte auf andere, also eine Verfügung im Sinne des Gesetzes. Eine solche Verfügung bedarf der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung. Allerdings ist eine darauf gerichtete Formvorschrift in dem die Einsetzung eines Nacherben behandelnden Titel (§§ 2100—2146) nicht enthalten, allein daraus kann nicht die Formfreiheit entnommen werden. Vielmehr kommen auch die sonstigen Vorschriften in Betracht, die sich mit der Form erbrechtlicher Verträge befassen. Aus ihnen ergibt sich aber, daß ein Nacherbe nach dem Erbfall und vor dem Eintritte des Falles der Nacherbfolge über sein nacherbschaftliches Recht nur in gerichtlicher oder notarieller Form verfügen kann. § 2033 schreibt für einen Vertrag, durch den ein Miterbe über seinen Anteil verfügt, die gerichtliche oder notarielle Form vor. Die Vorschrift bezieht sich also auf die Verfügung eines Miterben. Miterbe des Vorerben ist der Nacherbe freilich nicht, denn der Nacherbe steht mit dem Vorerben nicht in Erbengemeinschaft und wird erst Erbe, wenn der Vorerbe aufgehört hat, Erbe zu sein (§ 2139). Demzufolge ist nach dem Wortlaut die unmittelbare Anwendung des § 2033 ausgeschlossen. Allein es ist zu berücksichtigen, daß die Einsetzung als Nacherbe eine wirkliche Erbeinsetzung ist (vgl. §§ 2100, 2102, 2087), mithin der Fall einer Mehrzahl von Erben vorliegt. Steht dem Nacherben als einem von mehreren Erben überhaupt ein Verfügungsrecht über sein nacherbschaftliches Recht zu, so kann er davon nur unter Beobachtung der Formen Gebrauch machen, die für den Miterben vorgeschrieben sind. Der § 2033 hat den Formzwang für die dinglichen Verträge des Miterben mit Rücksicht auf ihre große Wichtigkeit und deswegen eingeführt, weil dieselbe strenge Form für die obligatorischen Verträge in den §§ 2371, 2385 vorgeschrieben ist. Die Gründe, welche die Einführung des Formzwanges für die genannten Fälle rechtfertigen, liegen auch für den Fall der Verfügung eines Nacherben vor. Es entspricht deshalb der Absicht des Gesetzes, die Vorschrift des § 2033 Abs. 1 Satz 2 sinnentsprechend auch auf die Verfügung eines Nacherben anzuwenden.

Das Berufungsgericht hat die Nichtigkeit der Erklärung wegen Formmangels verneint, weil die Klägerin nicht Miterbin, ihr die Erbschaft auch noch nicht angefallen sei. Der erstere Grund ist nach dem Gesagten nicht stichhaltig. Hinsichtlich des letzteren Grundes ist noch folgendes zu bemerken: § 2033 Abs. 1 setzt nicht voraus, daß die Erbschaft dem Miterben, der über seinen Anteil verfügen will, schon angefallen ist. Zwar ist, wie erwähnt, ein Vertrag über den Nachlaß eines noch lebenden Dritten nach § 312 Abs. 1 Satz 1 nichtig, allein daraus folgt nicht, daß jeder Vertrag über eine noch nicht angefallene Erbschaft oder über einen Anteil an einer solchen nichtig sein müsse. § 312 Abs. 1 Satz 1 setzt voraus, daß der Erbfall noch nicht eingetreten ist. Ein nach dem Erbfalle, jedoch vor dem Anfalle der Erbschaft geschlossener Vertrag (z. B. über einen Erbanteil, der jemandem erst anfällt, nachdem der zunächst eingesetzte Erbe ihn ausgeschlagen haben wird) wird von der Vorschrift nicht betroffen. Der als Beispiel erwähnte Fall würde dagegen unbedenklich dem § 2033 Abs. 1 zu unterstellen sein. Dazu kommt, daß auch der Wortlaut keinen Anhalt für die Annahme bietet, daß die Erbschaft dem verfügenden Miterben schon angefallen sein müsse. Der Nacherbe kann mithin schon vor dem Eintritte des Falles der Nacherbfolge über seinen Anteil verfügen. Man kann auch nicht sagen, der Nacherbe habe vor dem Eintritte des Falles der Nacherbfolge keinen Anteil an der Erbschaft. Zwar ist vor diesem Zeitpunkt ungewiß, ob der Nacherbe den Vorerben überleben und beerben werde und worin der Nachlaß bestehen werde; aber daraus folgt nicht, daß er keinen Anteil hat, sondern nur, daß sein Anteil und dessen Umfang durch das Eintreffen künftiger Ereignisse bedingt ist. (Urt. des IV. ZS. vom 11. Juli 1907). ———n.
1030

Oberstes Landesgericht.

A. Zivilsachen.

I.

Ehegatten können einen im Brautstande geschlossenen Erbvertrag durch ein eigenhändiges gemeinschaftliches Testament aufheben (BGB. § 2292). Beschwerde gegen die Ankündigung einer Verfügung des Nachlaßgerichts.

Der Privatier O. G. in M. hat in notarieller Urkunde vom 31. Dezember 1879 mit seiner damaligen Braut Th. A. einen Ehe- und Erbvertrag geschlossen, in dem u. a. für den Fall beerbter Ehe bestimmt ist, daß beim Vorableben der Frau der Mann ihre Ausfertigung als Vermächtnis erhalten, das Heiratgut und das sonstige Vermögen der Frau aber den Kindern als Muttergut auszeigen soll. In einem gemeinschaftlichen eigenhändigen Testamente vom 20. Dezember 1906 haben die Eheleute den Erbvertrag aufgehoben, einander gegenseitig zu Erben eingesetzt und bestimmt, daß der überlebende Teil den Kindern Hans und Marie G. den Pflichtteil zuzuwenden habe. Die Frau ist am 2. Mai 1907 gestorben. Bei der Testamentseröffnung erklärte der volljährige Sohn Hans G. vor dem Nachlaßgericht, daß das Testament nicht wirksam sei, weil die Aufhebung eines zwischen Ehegatten geschlossenen Erbvertrags durch gemeinschaftliches Testament nur für die Fälle zugelassen sei, in denen die Ehegatten gezwungen sind, ihre gemeinschaftliche letztwillige Verfügung in einer der außerordentlichen Testamentsformen zu errichten. Er beantragte, die Erbvertragsurkunde beizuschaffen. Das Nachlaßgericht gab diesem Antrage statt, eröffnete aber später dem Hans G., seine Rechtsanschauung sei irrig; der Ehe- und Erbvertrag sei durch das gemeinschaftliche Testament aufgehoben, es werde deshalb dem Witwer auf Antrag ein Erbschein erteilt werden. Die Beschwerde des Hans G., mit der er beantragte, „den

Ehe- und Erbvertrag für ausschließlich rechtswirksam und das Testament für ungültig zu erklären", wurde als unzulässig verworfen, weil die an Hans G. gerichtete Mitteilung nicht eine sachlich entscheidende Verfügung sei, sondern nur die Rechtsauffassung des Richters zum Ausdruck bringe und den Inhalt einer künftigen Verfügung ankündige. Die weitere Beschwerde des Hans G. wurde zurückgewiesen.

Aus den Gründen: Die Beschwerde gegen die Verfügung des Nachlaßgerichts hätte nicht als unzulässig verworfen werden sollen. Das Nachlaßgericht, das nach Art. 3 des Ges. vom 9. August 1902, das Nachlaßwesen betr., von Amts wegen den Erben zu ermitteln hat, hat dem Beschwerdeführer eröffnet, daß es seinen Anspruch, auf Grund des Ehe- und Erbvertrags als Erbe anerkannt zu werden, zurückweise, und ihm damit, daß es die Erteilung eines Erbscheins für den Witwer in Aussicht stellte, Gelegenheit geben wollen, die Frage seines Erbrechts womöglich noch vor der Erteilung des Erbscheins im Wege der Beschwerde und der weiteren Beschwerde zum Austrage zu bringen. Gegenüber der Zurückweisung seines Anspruchs, als Erbe anerkannt zu werden, war der Beschwerdeführer zu der Beschwerde berechtigt. Allein das beanspruchte Erbrecht steht ihm nicht zu.

Nach Art. 214 Abs. 2 EG. z. BGB. bestimmt sich die Bindung des Erblassers bei einem Erbvertrag oder einem gemeinschaftlichen Testamente nach den bisherigen Gesetzen, sofern der Erbvertrag oder das Testament vor dem Inkrafttreten des BGB. errichtet worden ist; die hiernach zulässige Aufhebung der Verfügung von Todes wegen erfolgt aber unter der Herrschaft des BGB. nach dessen Vorschriften. Die Eheleute G. waren ihren Kindern als Bedachten gegenüber nicht an die in dem Ehe- und Erbvertrage getroffenen erbrechtlichen Bestimmungen gebunden, sondern konnten sie im beiderseitigen Einverständnis aufheben, und ihrer darauf gerichteten Willensübereinstimmung konnten sie ebenso wie nach dem bisherigen Rechte unter der Herrschaft des BGB. nach dem § 2292 in einem gemeinschaftlichen Testament wirksamen Ausdruck geben. Einige Schriftsteller glauben zwar die Vorschrift des § 2292 auf den Fall beschränken zu sollen, daß der aufzuhebende Erbvertrag erst nach der Eheschließung errichtet worden ist (Planck-Ritgen, Anm. 2 zu § 2292 u. a.). Der Senat schließt sich aber der gegenteiligen von Strohal, Erbrecht Bd. II S. 389 Anm. 19, und Dernburg, Lehrb. des Bürgerl. R. Bd. V § 103 Anm. 5, vertretenen Auffassung an. Die beschränkende Auslegung wird nur auf den Wortlaut der Vorschrift gestützt, indem angenommen wird, mit dem Ausdruck „ein unter Ehegatten geschlossener Erbvertrag" könne nur ein Erbvertrag gemeint sein, den die Beteiligten als Ehegatten geschlossen haben. Die Sondervorschrift des § 2292 erklärt sich aber daraus, daß nach § 2265 ein gemeinschaftliches Testament nur von Ehegatten errichtet werden kann. Die Beteiligten müssen also zur Zeit der Errichtung des den Erbvertrag aufhebenden gemeinschaftlichen Testaments Ehegatten sein. Mehr ist aus dem Wortlaute nicht zu entnehmen. Der aufzuhebende Erbvertrag ist auch dann ein zwischen Ehegatten geschlossener Erbvertrag, wenn er zwischen Personen geschlossen ist, die jetzt Ehegatten sind, zur Zeit der Errichtung des Vertrags aber Verlobte waren. Nur diese Auslegung gewährt ein befriedigendes Ergebnis; es ist unverständlich, welche Erwägung den Gesetzgeber bestimmt haben soll, Ehegatten die Aufhebung eines im Brautstande geschlossenen Erbvertrags durch gemeinschaftliches Testament zu versagen.

Nach der eine Einschränkung nicht enthaltenden Vorschrift des § 2292 ist der Erbvertrag der Eheleute G. durch das in der ordentlichen Form des § 2231 Nr. 2 errichtete gemeinschaftliche Testament endgültig aufgehoben worden. Verfehlt ist der Versuch des Beschwerdeführers, aus der Erwägung, die zu der Aufnahme der Vorschrift des § 2292 geführt hat, die Beschränkung der Geltung der Vorschrift auf die Fälle herzuleiten, in denen die Ehegatten verhindert sind, ein Testament in ordentlicher Form zu errichten. Mit der Zulassung des gemeinschaftlichen Testaments wollte man ursprünglich allerdings den Fällen Rechnung tragen, in denen die Ehegatten gezwungen sind, ihr gemeinschaftliches Testament, durch den ein früher zwischen ihnen geschlossener Erbvertrag beseitigt werden soll, in einer der außerordentlichen Testamentsformen zu errichten (Prot. der II. Komm. 5 S. 446); für den Fall, daß die Ehegatten in der Lage sind, sich an einen Richter oder an einen Notar zu wenden, bedurfte es einer besonderen Vorsorge nicht, weil sie in diesem Falle die Aufhebung durch gerichtlich oder notariell beurkundeten Vertrag bewirken konnten. Gleichwohl wurde von vorneherein das gemeinschaftliche Testament als Form der Aufhebung des Erbvertrags schlechthin zugelassen, die Ehegatten sollten ihren Erbvertrag auch bei Mitwirkung eines Richters oder eines Notars nicht nur in der Form des Vertrags, sondern auch in der Form des gemeinschaftlichen Testaments aufheben können. Als dann dem Vorschlage der Reichstagskommission entsprechend durch § 2231 Nr. 2 BGB. das eigenhändige Testament als weitere ordentliche Testamentsform aufgenommen wurde, würde es dem Zwecke dieser Vorschrift widersprochen haben, die Ehegatten, falls durch ihre letztwilligen Verfügungen Bestimmungen eines früher geschlossenen Erbvertrags geändert werden sollen, zu nötigen, die Bestimmungen des Erbvertrags durch einen gerichtlich oder notariell beurkundeten Vertrag aufzuheben oder das gemeinschaftliche Testament vor einem Richter oder einem Notar zu errichten. Die Vorschrift des § 2292 wurde deshalb unverändert gelassen, infolgedessen kann die Aufhebung des Erbvertrags durch eigenhändiges gemeinschaftliches Testament mit derselben Wirkung erfolgen wie durch ein vor einem Richter oder einem Notar errichtetes gemeinschaftliches Testament. (Beschl. des I. ZS. vom 12. Juli 1907, Reg. III 47/1907). W.

1009

II.

Rechtliche Natur der sogenannten Kommunbrauereien. Samtverbindliche Haftung der Gesellschafter. Haftung neu eintretender Gesellschafter für die bestehenden Gesellschaftsschulden. Rückwirkung des bayerischen Landrechts. Die gegen einen bestimmten Mitkläger eingelegte Berufung der Beklagten wirkt gegen die übrigen durch denselben Anwalt vertretenen Mitkläger nicht. Die gegen ein Teilurteil eingelegte Berufung erstreckt sich nicht von selbst auf die im späteren Urteile getroffene Kostenentscheidung. (EG. z. BGB. Art. 164; bayer. LR. — insbesondere T. IV, 8 § 11 Nr. 2 und 4 — mit dem Publikationspatente vom 2. Januar 1756; BGB. § 427; ZPO. § 517, § 518 Abs. 2 Ziff. 3). In K. ist von altersher mit dem Eigentum an gewissen Anwesen, den sogenannten Marktlehen, das Recht verbunden, Bier zu brauen. Die brauenden Bürger benutzten zur Herstellung des Bieres, das jeder auf eigene Rechnung braute, seit der Mitte des 18. Jahrh. ein Brauhaus in K., das ursprünglich ein kurfürstliches Brauhaus war und durch Entschl. vom 5. Dezember 1751 „stiftsweise auf Versuch und Widerruf gegen Bezahlung eines Kesselgeldes von jeder Sud 1 fl. der diesseitigen Marktkommune überlassen" wurde. Das Eigentum an dem Brauhaus ist später zwischen dem Fiskus und den brauenden Bürgern streitig geworden. 1843 kam ein Vergleich zustande, durch den der Fiskus das Kommunbrauhaus den Bürgern zu Eigentum überließ, wogegen diese sich zur Zahlung eines unablösbaren Grundzinses, „Brauhausstift" ge-

nannt, von 70 fl. als einer Reallast verpflichteten. Die brauenden Bürger hatten schon im 18. Jahrh. einen „Brauverwalter“, mit dem die landesherrliche Behörde wegen des Kesselgeldes verkehrte. Zur Verwaltung des Brauhauses bestand ein Ausschuß, der in einer landgerichtlichen Bestätigung vom 9. August 1844 als „Kesselverwaltung“ erwähnt wird. Die Bestimmungen über den Betrieb, die sich im Laufe der Zeit herausgebildet hatten, wurden in einer „Kommunbräuhaus-Ordnung“ vom 7. Januar 1873 zusammengefaßt, die insbesondere nachstehende Bestimmungen enthält:

„Ziff. I. Die Verwaltung des Gesamtvermögens des Kommunbräuhauses steht dem Ausschusse zu. Derselbe besteht aus einem Verwalter und vier Ausschußmitgliedern und wird alle drei Jahre gewählt. Der Ausschuß vertritt die Interessen der Kommunbräuerei nach jeder Richtung; er führt die Oberaufsicht über das Bräuhaus und ist ihm zunächst der Bräumeister und das übrige Bräupersonal unterstellt.

Ziff. XI. Die das Kommunbräuhaus jährlich treffenden Steuern und gemeindlichen Abgaben sind am Schluße eines Jahres zusammenzustellen und sodann unter die Kommunbräuberechtigten zur Zahlung gleichmäßig zu verteilen.

Ziff. XVI. Wird zu einer Beschlußfassung die Anwesenheit aller bräuenden Bürger notwendig, so entscheiden die Erschienenen ohne Rücksicht auf die Zahl gültig und wird die richtig geschehene Ladung als Zustimmung der Nichterschienenen angenommen“.

Ueber die Abgrenzung der Befugnisse des Verwalters, des Ausschusses und der Versammlung der brauenden Bürger ist keine Bestimmung getroffen. Das Schriftstück trägt nur 11 Unterschriften, sein Inhalt ist aber von den Beteiligten ohne Widerspruch als die maßgebende Ordnung angesehen worden. Nach langjähriger Uebung war die Entscheidung über wichtige Angelegenheiten der Versammlung der brauenden Bürger vorbehalten. Die Jahresrechnungen wurden vom Marktschreiber angefertigt, die Einladung zu den Versammlungen besorgte der Gemeindediener, die Akten des Verbandes wurden bei dem Magistrat aufbewahrt. Da keine Einrichtung getroffen war, für den Verband eigenes Vermögen anzusammeln, ergab sich im Laufe der Zeit die Notwendigkeit, Darlehen aufzunehmen, die Schuldenlast betrug nach der Rechnung für 1901/2 36319 Mk. 29 Pf. Schließlich wurde auf Antrag eines Gläubigers „gegen das Kommunbräuhaus K., einen Verband von 44 Marktlehnern, vertreten durch die Kommunbräuhausverwaltung K., diese vertreten durch den Kesselverwalter Franz Sch., Wirt in K., als Schuldner“ die Beschlagnahme des Brauhauses zum Zwecke der Zwangsversteigerung angeordnet und im Versteigerungstermine vom 18. März 1904 dem Wirtssohne Karl D. in K. der Zuschlag erteilt. Der Gläubiger hatte Zahlungs- und Vollstreckungsbefehl gegen den Kesselverwalter als Vertreter des Verbandes erwirkt und sie dem Kesselverwalter zustellen lassen; das Vollstreckungsgericht und der Versteigerungsbeamte ließen aber die ferneren Zustellungen an alle Brauberechtigten machen. Ein großer Teil der Gläubiger, darunter die Babette D., die Franziska N. und der Bauer Joseph D., die für ihre Forderungen Schuldscheine besitzen, hat bisher Befriedigung nicht erlangt. Babette D., Franziska N. und Joseph D. haben gegen 28 Besitzer kommunbrauberechtigter Anwesen, worunter Wolfgang W. und 7 W.sche Kinder als gemeinschaftliche Besitzer eines solchen Anwesens, Klage mit dem Antrag erhoben, die Beklagten als Gesamtschuldner zur Zahlung der Darlehensbeträge (zusammen 7142 Mk. 86 Pf.) und der Zinsen zu verurteilen. Sie behaupteten, die in den Schuldscheinen bezeichneten Beträge seien dem Verbande der brauenden Bürger für dessen Zwecke geliehen worden, für die Schulden des Verbandes als einer Gesellschaft hafteten die Mitglieder als Gesamtschuldner, auch seien sie aus den Darlehen bereichert. Die Beklagten suchten darzulegen, daß der Verband eine juristische Person sei, und bestritten, daß die Darlehensverträge den Verband verpflichteten. Zur Aufnahme so beträchtlicher Darlehen sei weder der Kesselverwalter noch der Ausschuß befugt gewesen, dazu habe es eines Beschlusses der Versammlung bedurft, ein solcher sei nicht erwirkt worden. Das LG. erließ am 20. April 1905 gegen Wolfgang W. ein Versäumnisurteil und gegen die übrigen Beklagten ein Teilurteil. Sämtliche Beklagten wurden zur Bezahlung der Darlehen der Babette D. und Franziska N. samt Zinsen und zwar unter gesamtschuldnerischer Haftung, Wolfgang W. auch des Darlehens an Joseph D. verurteilt. Wolfgang W. wurde ferner in die Kosten des Rechtsstreits mit Ausnahme der durch die Beweiserhebung veranlaßten verurteilt. Im übrigen wurde bezüglich des Kostenpunktes im Teilurteile die Entscheidung dem Endurteile vorbehalten. Nachdem Wolfgang W. gegen das Versäumnisurteil Einspruch eingelegt hatte und im übrigen die Verhandlung fortgesetzt worden war, wurde durch Endurteil vom 5. Juni 1905 das Versäumnisurteil gegen Wolfgang W. aufrecht erhalten; sämtliche Beklagten wurden zur Zahlung des Darlehens an D. (2500 Mk.) mit Zinsen verurteilt und ausgesprochen, daß die Beklagten die Kosten des Rechtsstreits als Gesamtschuldner zu tragen haben. Die Beklagten legten Berufung ein, acht von ihnen gegenüber dem Endurteile jedoch in der Art, daß sie den Joseph D. als den Berufungsbeklagten benannten und die Berufungsschrift dem gemeinschaftlichen Anwalte der drei Kläger in erster Instanz zustellen ließen. Die Berufungskläger behaupteten, daß der Verband der brauenden Bürger eine juristische Person sei. Das Endurteil vom 5. Juni 1905 beantragten sie auch insoweit aufzuheben, als ihnen im Verhältnisse zu den Klägerinnen Babette D. und Franziska N. die Kosten auferlegt worden sind, indem sie geltend machten, die Berufung gegen das Teilurteil enthalte ohne weiteres auch die Anfechtung der in dem nachfolgenden Urteile getroffenen aber auf dem Teilurteile beruhenden Entscheidung über die Kosten. Das OLG. hat die Berufung zurückgewiesen. Die Beklagten legten Revisionen ein. Das ObLG. hat die Revision dieser acht Beklagten insoweit zurückgewiesen, als deren Berufung gegen das landgerichtliche Endurteil über die den Klägerinnen Babette D. und Franziska N. zu erstattenden Kosten zurückgewiesen worden ist, im übrigen das Urteil des Berufungsgerichts aufgehoben und die Sache zurückverwiesen.

Aus den Gründen: Die Frage, ob der Verband der brauenden Bürger eine juristische Person ist, ist zunächst nicht eine Rechtsfrage, sondern eine dem tatsächlichen Gebiet angehörende Frage und konnte von dem Berufungsgericht ohne Rechtsirrtum verneint werden. Für die Behauptung, daß der Verband sich aus der Marktgemeinde als Realgemeinde entwickelt habe, bieten die Tatsachen keinen Anhalt. Die Anwälte der Beklagten scheinen auf diese Behauptung dadurch gekommen zu sein, daß das EG. z. BGB. im Art. 164 neben den Realgemeinden „ähnliche Verbände“ nennt, deren Mitglieder als solche zu Nutzungen an Brauhäusern und ähnlichen Anlagen berechtigt sind, sie haben aber nicht dargelegt, welches gemeindliche Vermögen dadurch, daß die brauenden Bürger die übrigen Gemeindeangehörigen von dem Mitgenuß ausgeschlossen haben, die Grundlage der Realgemeinde geworden sein soll, und nicht einmal behauptet, daß die brauenden Bürger, bevor sie Eigentümer des Brauhauses wurden, gemeinschaftliches Grundvermögen gehabt haben. Die Bezeichnung der brauenden Bürger als Marktkommune ist offenbar nur ein Fehlgriff im Ausdruck. Mag auch daraus,

daß eine landesherrliche Verleihung der Korporationsrechte nicht nachgewiesen ist, entscheidendes Gewicht nicht zu legen sein, so lassen sich doch aus dem Wesen und der Gestaltung des Verbandes Gründe gegen die Annahme der juristischen Persönlichkeit entnehmen. Das Braurecht steht nicht dem Verbande selbst zu, sondern ist mit den einzelnen Anwesen als Zubehör im Sinne der früheren Rechtes, als Bestandteil im Sinne des § 96 BGB. verbunden. Die Zahl der Braurechte konnte sich zwar durch Erlöschen einzelner Rechte, insbesondere durch Verzicht mindern, sie war aber geschlossen, der Verband war von vorneherein auf eine bestimmte Zahl von Mitgliedern beschränkt, die nur in der Weise wechseln konnten, daß an die Stelle des bisherigen Eigentümers eines Marktlehens ein neuer Eigentümer trat. Jeder Eigentümer übte sein Braurecht für sich aus, der Zweck des Verbandes bestand nur in einer Förderung des Gewerbebetriebes der Eigentümer bestimmter Anwesen. Das Brauhaus wurde in dem Vergleiche vom 13. Dezember 1843 nicht dem Verbande, sondern den 49 Brauberechtigten überlassen, jeder von ihnen hatte als Brauberechtigter einen Anteil an dem Brauhause, das der Ausübung der sämtlichen Braurechte diente. Demgemäß wurden die auf das Brauhaus treffenden Steuern und Abgaben von den Berechtigten zu gleichen Anteilen erhoben, gleichviel ob und in welchem Maße sie das Brauhaus benutzten. Bei der Zwangsversteigerung haben das Vollstreckungsgericht und der Versteigerungsbeamte die Brauberechtigten als Miteigentümer des Brauhauses angesehen. Daraus, daß das vorangegangene Mahnverfahren gegen den Kesselverwalter als Vertreter des Verbandes gerichtet wurde, läßt sich nicht entnehmen, ob der Verband als juristische Person oder etwa als nicht rechtsfähiger Verein angesehen wurde, es kommt aber nichts darauf an. Aus der Brauhausordnung vom 7. Januar 1873 ergibt sich, daß der Verband nicht daran dachte, einen eigenen Vermögensstock anzusammeln. Er erhob von den brauenden Bürgern ein Kesselgeld, das nur zur Deckung der Selbstkosten bestimmt war, und von sämtlichen Mitgliedern die auf das Brauhaus treffenden Steuern und Umlagen und die zur Verzinsung der gemeinschaftlichen Schulden erforderlichen Beträge. Er begnügte sich mit der Aufbringung der zur Bestreitung der laufenden Ausgaben erforderlichen Mittel, weitere Beiträge hatten die Mitglieder nicht zu leisten. Für die aufgenommenen Darlehen war in seinem Vermögen Deckung nicht vorhanden und es wurde auch, als die Schuldenlast immer mehr wuchs, keine Veranstaltung getroffen, ihm eigene Tilgungsmittel zu verschaffen. Diese Sachlage rechtfertigt die Annahme, daß der Verband nicht ein selbständiges Vermögenssubjekt sein, sondern nur zur gemeinschaftlichen Befriedigung gleichartiger Bedürfnisse der Mitglieder dienen sollte. Die Mitgliedschaft ist mit dem Braurecht und infolgedessen mit dem Eigentum an dem Marktlehen verbunden. Ob der einzelne Brauberechtigte das Braurecht ständig ausübte, war belanglos. Wenn die Ausübung eines Braurechts eine Zeitlang ruhte, konnte sie jederzeit wieder aufgenommen werden. Die Mitgliedschaft hatte deshalb auch für diejenigen, die das Braurecht nicht ausübten, einen gewissen Wert. Nur das Erlöschen des Braurechts führte das Ausscheiden herbei. Bei der beträchtlichen Anzahl der Mitglieder war die Zulassung von Mehrheitsbeschlüssen eine Notwendigkeit. Die Macht der Mehrheit fand aber darin ihre Begrenzung, daß nur mit dem Zwecke des Verbandes zusammenhängende Beschlüsse gefaßt werden konnten. Der Zweck des Verbandes bestand jedenfalls seit der Mitte des 18. Jahrhunderts in dem Halten einer jedem Mitgliede für dessen Brauereibetrieb zur Verfügung stehenden Braustätte mit Ausstattung und Personal. Der Vorteil, den der Verband seinen Mitgliedern bot, war die jedem Mitgliede gewährte Möglichkeit, sein Braurecht auszuüben. Das Unternehmen der Mitglieder wies die wesentlichen Merkmale eines gesellschaftlichen Unternehmens auf, der Vorteil, den der Verband seinen Mitgliedern bot, war ein „gemeinschaftlicher Gewinn" im Sinne des bayer. LR. T. IV K. 8 § 1. Es ist deshalb das Gesellschaftsrecht anzuwenden. Das Gesellschaftsrecht des bayer. LR. gibt das des gemeinen Rechtes wieder und entscheidet einzelne Streitfragen des gemeinen Rechtes. Nach dem Publikationspatente vom 2. Januar 1756 kam ihm daher rückwirkende Kraft zu. Dies gilt insbesondere auch von der in T. IV K. 8 § 11 Nr. 2 enthaltenen Bestimmung, nach der die Gesellschafter für die durch einen gemeinschaftlichen Vertreter eingegangenen Verbindlichkeiten als Gesamtschuldner haften (Anm. zu T. IV K. 8 § 11 Nr. 4 lit. b). Die Haftung erstreckt sich auf das gesamte Vermögen der Gesellschafter, die Beschränkung der Haftung auf das Gesellschaftsvermögen müßte besonders vereinbart werden. Für die Annahme einer solchen Vereinbarung fehlt nicht nur jeder tatsächliche Anhalt, sondern der Umstand, daß der Verband sich nicht darauf eingerichtet hat, anderes Vermögen als die zur Bestreitung der laufenden Ausgaben erforderlichen Mittel zu haben, spricht für das Gegenteil. In dem Umfange der Vertretungsmacht des Kesselverwalters ist mit dem Inkrafttreten des BGB. keine Aenderung eingetreten, seine Vertretungsmacht bestimmt sich auch den neu eingetretenen Mitgliedern und den Dritten gegenüber, mit denen erst unter der Herrschaft des BGB. Verträge geschlossen worden sind, nach dem bisherigen Rechte. War der Kesselverwalter bis zum 1. Januar 1900 befugt, die Mitglieder des Verbandes nicht nur mit dem Gesellschaftsvermögen, sondern auch in Ansehung ihres übrigen Vermögens zu verpflichten, so ist es dabei verblieben. Dagegen ist für die Entscheidung der Frage, ob die durch seine Handlung verpflichteten Mitglieder nebeneinander als Gesamtschuldner oder nur nach Anteilen haften, bei den unter der Herrschaft des BGB. eingegangenen Verbindlichkeiten dessen Bestimmung maßgebend. In dieser Beziehung stimmt aber der § 427 BGB. inhaltlich mit der Bestimmung des LR. überein. Deshalb müßten die Revisionen, soweit sie sich gegen die Entscheidung richten, daß die Beklagten für die Forderungen der Kläger als Gesamtschuldner haften, zurückgewiesen werden, wenn feststünde, daß die Beklagten Mitglieder des Verbandes waren, als die Forderungen entstanden. Das OLG. nimmt aber an, daß dies bei einem Teile der Beklagten nicht zutrifft, ohne auf die Frage einzugehen, welche Beklagte erst später Mitglieder des Verbandes geworden sind und in welcher Weise dies geschehen ist. Die Erwägungen, mit denen es über diese Frage hinwegzukommen sucht, entbehren jeder tatsächlichen Grundlage. Die Kläger haben keine Tatsachen angeführt, aus denen sich entnehmen ließe, daß mit dem Eintritt in den Verband kraft der Satzung die Uebernahme der Haftung für die bestehenden Verbindlichkeiten verbunden war, und ebensowenig Umstände angegeben, in denen bei den Beklagten eine Schuldübernahme gefunden werden könnte. Aus dem Eintritt in eine bestehende Gesellschaft läßt sich allenfalls die Verpflichtung, die Verwendung des Gesellschaftsvermögens zur Befriedigung der Gesellschaftsgläubiger zu gestatten, in dem Umfange herleiten, daß auch der Zugriff der Gesellschaftsgläubiger auf das Gesellschaftsvermögen geduldet werden muß, aber der Eintritt in die bestehenden Verbindlichkeiten der Gesellschaft als Gesamtschuldner ist damit weder nach dem früheren Rechte noch nach dem BGB. verbunden. Die Haftung der später eintretenden Mitglieder für die bestehenden Verbindlichkeiten kann nur auf besondere Umstände gestützt werden und gestaltet sich nach diesen verschieden, sie ist im Falle der Schuldübernahme eine andere als im Falle der Erbfolge, um die es sich ver-

mutlich insbesondere bei den W.schen Kindern handeln wird. Anderseits versteht es sich ebensowenig von selbst, daß die Haftung eines bisherigen Mitglieds den Gläubigern gegenüber durch Veräußerung des die Mitgliedschaft begründenden Marktlehens erlischt.

Dem Berufungsgerichte muß darin beigestimmt werden, daß acht Beklagte zur Anfechtung der Entscheidung des Endurteils vom 5. Juni 1905 über ihre Kostenpflicht gegenüber den Klägerinnen D. und N. wegen Versäumung der Berufungsfrist nicht mehr befugt waren, ihr Berufungsantrag daher als unzulässig zurückgewiesen werden mußte. Die Behauptung, die Berufung sei, obwohl die Berufungsschrift nur die Ladung des Klägers Joseph D. als Berufungsbeklagten enthielt, auch gegenüber den Klägerinnen Babette D. und Franziska N. eingelegt, weil die drei Kläger in der ersten Instanz durch denselben Prozeßbevollmächtigten vertreten waren und die Berufungsschrift diesem zugestellt worden ist, bedarf angesichts der Vorschrift des § 518 Abs. 2 Nr. 3 ZPO. keiner Widerlegung. Die Zulässigkeit des Berufungsantrags kann auch nicht darauf gestützt werden, daß die gegen das Teilurteil eingelegte Berufung sich ohne weiteres auf die auf Grund des Teilurteils in dem späteren Urteile getroffene Kostenentscheidung erstreckt habe. Der ZPO. ist eine Anfechtung erst zu erlassender Entscheidungen fremd, sie gestattet nicht, eine künftige Entscheidung wegen ihres Zusammenhanges mit einer schon erlassenen Entscheidung mit dieser im voraus anzufechten, und macht auch für den Fall keine Ausnahme, daß das angefochtene Urteil in Gemäßheit des § 321 durch eine nachträgliche Entscheidung ergänzt wird. Auch diese Entscheidung kann, wie sich aus dem § 517 klar ergibt, nur mit selbständiger Berufung angefochten werden. (Urt. des I. ZS. vom 3. Mai 1907, Reg. I 14/1907). W.

990

B. Strafsachen.

Ist in Bayern ein mit Schulzimmerarrest bestrafter Schüler Gefangener im Sinne des § 120 StGB.? Verhängung des Arrestes in der Pfalz. Diese vom Reichsgericht verneinte Frage (vgl. diese Zeitschrift 2. Jahrgang S. 460) ist vom ObLG. wiederum bejaht worden.

Aus den Gründen: Der Senat hat keinen Anlaß gefunden, von der bisherigen Rechtsprechung abzugehen (vgl. die Entsch. des Kriminalsenates des ObGerH. vom 2. September 1864 und 5. November 1866 [Zeitschr. f. Gesetzgeb. u. Rechtspfl. Bd. 11 S. 309, Bd. 13 S. 583], des OLG. München vom 3. September 1887 und 22. April 1890 [Entsch. d. OLG. München Bd. 4 S. 574, Bd. 6 S. 136] und des ObLG. vom 22. Oktober 1901 [Samml. Bd. 2 S. 103]).

1. Gefangene im Sinne des § 120 StGB. sind Personen, denen in gesetzlich gebilligter Form aus Gründen des öffentlichen Interesses die persönliche Freiheit entzogen ist und die sich demzufolge in der Gewalt der zuständigen Behörde befinden (RG. Bd. 12 S. 163, Bd. 37 S. 368, Bd. 39 S. 71, Olshausen Note 1 zu § 120). Die Frage, ob es sich bei der Freiheitsentziehung um die Handhabung der Polizei- und Strafgewalt des Staates handeln muß (so RG. in Bd. 39 S. 7 und Binding, Lehrbuch des Strafrechtes Bd. 2 S. 584 ff.), oder ob auch andere Fälle hierher zu rechnen sind, ist in dem letzteren Sinne zu entscheiden. Die Annahme, daß für den Begriff des Gefangenen nur eine Freiheitsentziehung zu Strafzwecken in Betracht kommen könne, würde dem Wortsinne widersprechen (RG. Bd. 37 S. 367). In der Tat wurde der Begriff „Gefangener“ bisher in einem weiteren Sinne aufgefaßt. Wie der Art. 142 des bayer. StGB. vom 10. Sept. 1861 („Wer einen Gefangenen aus der Gewalt der Obrigkeit oder ihrer Diener befreit“ usw.) von dem Kriminalsenat des ObGerH. dahin ausgelegt worden ist, daß auch im Schularreste befindliche Kinder Gefangene seien, so ist auch § 94 des preuß. StGB. von 1851 dahin aufgefaßt worden, daß er nicht bloß Gefangene zu Polizei- oder Strafzwecken im Auge habe. Von Anfang an war man der Ansicht, daß auch die Befreiung aus dem Hausarreste, wenn er durch „Observation“ eines Beamten geschieht, hierunter zu begreifen sei (Goltd. Mat. Bd. 2 S. 144). Das preuß. Obertribunal hat am 22. Februar 1854 ausgesprochen, daß auch ein Schulgefangener Gefangener im Sinne des § 94 StGB. sei (GoltdArch. Bd. 2 S. 424). Es vertreten denn auch hinsichtlich des § 120 StGB. die Kommentare von Schwarze Note 2, Rüdorff-Stenglein Note 1, Oppenhoff Note 1 und Olshausen Note 2d zu § 120 und von Liszt, Lehrbuch (14. u. 15.) S. 562 die Ansicht, daß zum zivilrechtlichen Sicherungsarreste gebrachte oder auf Grund der §§ 888, 901, 918, 936 ZPO. in Haft genommene Personen „Gefangene“ seien. Wenn gar Olshausen Note 2a und Oppenhoff Note 1 zu § 120 kein Bedenken tragen, den Studenten zu den „Gefangenen“ zu rechnen, der eine in einem Disziplinarverfahren zuerkannte Strafe im akademischen Karzer abbüßt, so ist nicht erklärlich, weshalb die weitere Folgerung unzulässig sein soll — die Frank, Komm. z. StGB. (3 u. 4) Note II, 3 zu § 120, wenn auch mit einigem Sträuben zieht — den auf dem Disziplinarweg mit Schularrest bestraften Volksschüler in der gleichen Weise zu beurteilen. Keinesfalls kann die Bemerkung Bindings a. a. O. (S. 585) gebilligt werden: „Das (staatliche) Haftrecht besteht um der Freiheitsbeschränkung willen. Wo andere, Besserungs- oder Erziehungs- oder Heilzwecke verfolgt werden, die eine Freiheitsbeschränkung notwendig machen, besteht keine Gefangenschaft. Deshalb auch beim Schularreste nicht“. Denn das „Haftrecht“ des Staates ist nicht die Grundlage, sondern eine Folge seines Rechtes, Freiheitsbeschränkungen aufzuerlegen, und da als Disziplinar- und Ordnungsstrafen Freiheitsbeschränkungen verhängt werden dürfen, so ist für solche ein „Haftrecht“ des Staates nicht minder gegeben. Ueberdies soll die akademische Karzerstrafe in nicht geringerem Grade, als die Schularreststrafe dem Erziehungszwecke dienen, wie anderseits mit den Kriminalstrafen auch der Besserungszweck verfolgt wird. Hier aber sieht ohnehin der über den noch nicht 12 Jahre alten Schüler G. verhängte Schularrest einer Kriminalstrafe um so mehr ähnlich, als er wegen Diebstahls ausgesprochen worden ist. (??? Der Herausgeber). Es handelte sich dabei also keineswegs bloß um eine „ausschließlich im Interesse des Unterrichtes und der Erziehung getroffene, nur auf dem Gebiete der durch den eigentlichen Schulzweck gebotenen besonderen Schulzucht sich bewegende, eben deshalb aber auch dem Bereiche der allgemeinen staatlichen Zwangsmittel entrückte Maßnahme“. Da nach dem bayerischen Schulrechte mit dem Schularrest auch weitere Zwecke, als die der Schulzucht im engeren Sinne verfolgt werden dürfen, geht es nicht an, seine Bedeutung so enge zu begrenzen. Der Anlaß zu der Einsperrung des G. erweist übrigens zugleich, wie belanglos es ist, ob die Freiheitsbeschränkung im Laufe oder als Folge eines gerichtlichen oder eines Disziplinarverfahrens eintritt, und daß es der Begründung entbehrt, wenn die Schuldisziplin mit der Hausdisziplin auf die gleiche Stufe gestellt wird oder wenn man „Maßnahmen, die andere Interessen wahren sollen als die des Schutzes der Staatshoheit gegen unmittelbare Angriffe“ von der Unterstellung unter § 120 StGB. ausschließen will. Ebenso ist es nicht zutreffend, wenn man sagt: „Die Ausübung der Schulzucht im Einzelfalle sei nur für den Betroffenen und die Schule von Bedeutung und ein öffentliches Interesse komme dabei nicht in Frage“. Bei der Bewertung des Schularrestes handelt es sich um nichts geringeres, als um die Autorität der Lehrer

und der Schulbehörden, die untergraben würde, wenn es ungestraft bliebe, daß im Schularrest befindliche Kinder ohne weiteres aus der Gewalt der zuständigen Beamten weggenommen werden; es würde geradezu unmöglich sein, in der Schule die Ordnung aufrecht zu erhalten. (? ? ? Der Herausgeber). Im Einklange mit dieser Anschauung steht die vom RG. in dem Urteile vom 5. Januar 1884 (MBl. f. Kirchen- und Schulangelegenh. 1888 S. 371 ff.) ausgesprochene Erwägung, das Züchtigungsrecht sei „bei dem im öffentlichen Dienste stehenden Lehrer ein Ausfluß der Schulzucht, also einer öffentlich-rechtlichen Institution"; es wird dort der Lehrer als ein „dem staatlichen Organismus angehörender Beamter" bezeichnet, dem gewisse Befugnisse zustehen, „welche nach dem bestehenden Organismus dem Amte und damit ihm als seinem Träger zugewiesen sind". Hiernach kann weder der Grund der Verhängung des Schularrestes, noch seine Bedeutung eine Unterscheidung für ihn gegenüber den Freiheitsbeschränkungen begründen, die unbestrittenermaßen von der Strafbestimmung des § 120 umfaßt werden.

2. Mit Unrecht wird die Frage, ob der Schularrest nach der Art seines Vollzuges eine Freiheitsentziehung im Sinne des § 120 ist, besonders unter Hinweis darauf bezweifelt, daß der dem öffentlichen Unterrichte dienende Raum keine Gefangenenanstalt sei, weil er nicht zur Verwahrung von Personen zwecks Beschränkung ihrer Freiheit dauernd bestimmt sei. Beim Hausarrest steht ebenfalls kein Raum mit einer solchen dauernden Bestimmung in Frage und trotzdem fiel im Sinne des preuß. StGB. die Befreiung aus dem Hausarreste ebenso wie die aus Arrestlokalen, die keine wirklichen Gefangenenanstalten sind, unter dessen § 94 (GoltdArch. a. a. O.). Ueberdies wird auch ab und zu der Schularrest in besonders hierfür eingerichteten Haftlokalen vollzogen. Es kann aber bei herkömmlicher Verwendung eines Schulzimmers nicht der Mangel eines besonderen Haftlokals zu einer abweichenden Beurteilung der Sache führen, am wenigsten dann, wenn, wie hier, die Bewachung des Schülers in wirksamster Weise durchgeführt wurde, nämlich durch Einsperrung in ein Zimmer, aus dem der Schüler sich nur mit fremder Hilfe entfernen konnte. Uebrigens ist nach § 120 gar nicht erforderlich, daß der Gefangene aus einer Gefangenenanstalt befreit wird; es genügt zur Strafbarkeit, daß er aus der Gewalt des Beamten weggenommen wird, unter dessen Beaufsichtigung oder Bewachung er sich befindet. Nun fehlt es aber an jedem stichhaltigen Grunde dafür, daß ein solcher Fall nicht gegeben sei, wenn ein Lehrer oder ein von ihm beauftragter Schuldiener den Schüler beaufsichtigt, oder gar dann, wenn der Schüler in ein Zimmer eingesperrt worden ist, aus dem er allein nicht entkommen kann.

3. Daß die Verhängung des Schularrestes über G. in rechtsgültiger Weise erfolgt ist, steht außer Zweifel. Die Landesgesetzgebung kann „Bestimmungen darüber treffen, gegenüber welchen Schülern eine Züchtigung zulässig ist, welche Züchtigungsmittel anzuwenden, unter welchen Voraussetzungen das Züchtigungsrecht auszuüben und die einzelnen Züchtigungsmittel anzuwenden seien. In Bayern ist die Entschl. d. StM. des Innern vom 20. Mai 1815 maßgebend (Döllinger Bd. 9 S. 1459) die später allen Kreisregierungen und Schulbehörden amtlich bekannt gemacht worden ist. Die Schul- und Lehrordnung für die Pfalz vom 10. April 1906 enthält keine Bestimmung. Die Entschließung vom 20. Mai 1815 führt die Verhängung von Schulzimmerarrest ausdrücklich unter den Strafmitteln auf. Dabei ist die Schulzucht keineswegs auf den Raum und die Zeit der Schule beschränkt (vgl. Geib, Handb. f. d. Gemeindebehörden der Pfalz [3] Bd. 2 S. 151). Für den Fall, daß Verletzungen der Strafgesetze in Frage stehen, ist nach der Bekanntmachung des Justizministeriums vom 8. Mai 1892 Nr. 7687 (KultMinBl. 1892 S. 179) von den Staatsanwälten und Amtsanwälten in Ansehung der Kinder, die das 12. Lebensjahr noch nicht vollendet haben, unter entsprechender Mitteilung des Tatbestandes der Ortsschulbehörde, dem Vorstande der Schule, der das Kind angehört, Nachricht zu geben. Vorkommnisse dieser Art hat offensichtlich der § 5 der mit der Entschließung der Kreisregierung für die Pfalz vom 22. August 1817 (Beil. zu Nr. 33 des Amtsbl.) bekanntgegebenen Amtsinstruktion für die Ortsschulkommissionen im Auge, wo bestimmt ist, daß in „ungewöhnlichen Fällen" von der Regel, daß die Schulzucht zunächst und unmittelbar dem Lehrer obliegt, abzugehen sei und der Lehrer dem Ortsschulinspektor Anzeige zu machen und ihm die Entscheidung zu überlassen habe, wie denn auch hier die Verhängung des Schularrestes durch die Lokalschulinspektion erfolgt war. (Urt. vom 24. Juli 1907, RevReg. 328/07).

1025 H.

Nachschrift des Herausgebers. Wir halten die Entscheidung für verfehlt. Der Zwiespalt zwischen der Rechtsprechung des Reichsgerichts und des Obersten Landesgerichts ist im höchsten Grade bedauerlich. Wir werden in einer der nächsten Nummern auf die Entscheidung nochmals zurückkommen.

Oberlandesgericht München.

I.

Einfluß des Wegfalls des Prozeßbevollmächtigten auf die Kostenfestsetzung (§ 244 ZPO.). Am 22. Dezember 1906 wurde ein beim LG. München I anhängiger Rechtsstreit durch gerichtlichen Vergleich erledigt. Der Anwalt des Beklagten wurde am 3. Januar 1907 wegen Aufgabe der Zulassung gelöscht. Am 25. Mai 1907 beantragte der Anwalt des Klägers die Festsetzung der Kosten auf 90 Mk. 80 Pfg.; das LG. setzte sie durch Beschluß vom 1. Juni 1907 auf 14 Mk. 55 Pfg. fest und überbürdete dem Kläger 6/7, dem Beklagten 1/7 der Festsetzungskosten. Hiergegen legte Rechtsanwalt L., als Anwalt des Beklagten auftretend, sofortige Beschwerde mit dem Antrag ein, den Kostenfestsetzungsbeschluß aufzuheben, weil er zufolge Unterbrechung des Verfahrens unzulässig, übrigens auch unbegründet sei. Das LG. half der Beschwerde nicht ab, weil nach Beendigung des Verfahrens eine Unterbrechung nicht mehr eintreten könne (RGZ. 13, 310), übrigens Rechtsanwalt L. auch nicht zur Einlegung der Beschwerde befugt wäre, weil er das Verfahren noch nicht durch die vorgeschriebene Zustellung einer Anzeige an den Gegner aufgenommen habe. Das OLG. gab der Beschwerde statt, hob den Festsetzungsbeschluß auf und wies den Festsetzungsantrag als unzulässig ab.

Aus den Gründen: Der Ansicht des Erstrichters kann nicht beigetreten werden. Die Entscheidung des RG. Bd. 13 S. 310 behandelt einen andern Fall; sie spricht aus, daß für die Einbringung eines Rechtsmittels die Vorschriften über Unterbrechung nicht angewendet werden könnten, wenn das Verfahren erster Instanz durch die Zustellung des Urteils hinsichtlich der Abgrenzung von der höheren Instanz bereits beendet war. Hier handelt es sich aber darum, ob das Verfahren überhaupt, nicht nur im Verhältnis der Instanzen, durch Urteil oder Vergleich so beendigt ist, daß von einer Unterbrechung keine Rede mehr sein kann. Dies ist zu verneinen. Die Kostenfestsetzung bildet ein wenn auch selbständiges Nachverfahren, gehört zur ersten Instanz und ist ein Teil des Rechtsstreits, der somit durch das Urteil oder den Vergleich noch nicht beendet wird, also noch unterbrochen werden kann.

Als Teil des Rechtsstreits wird das Festsetzungsverfahren sonach ebenso von der Unterbrechung des Hauptprozesses betroffen, als es selbständig unterbrochen werden kann (Gaupp-Stein Anm. I zu § 105 ZPO.; JW. 92, 204; Rspr. d. OLG. 7, 285; Gruchot 45, 1169). Es ist daher das Festsetzungsverfahren, da es selbst dem Anwaltszwang unterliegt, nur statthaft nach der gemäß § 244 ZPO. erfolgten Aufnahme des Verfahrens. Hiernach sind alle Prozeßhandlungen einer Partei und alle gerichtlichen Handlungen und Entscheidungen nach der Unterbrechung unwirksam. Auf den Antrag des Klägers durfte deshalb keine Festsetzung der Kosten erfolgen; der Beschluß vom 25. Mai 1907 ist unwirksam. Die Anfechtung kann nur durch das Rechtsmittel geschehen, das an sich gegen den Festsetzungsbeschluß gewährt ist, nämlich die sofortige Beschwerde (§ 105 ZPO.; Seuffert zu § 249 ZPO.). Da die Beschwerde des Beklagten auch in erster Linie die Beseitigung des unwirksamen Beschlusses verlangt, also nicht Aufnahme des Verfahrens bezweckt, konnte sie ohne vorgängige oder gleichzeitige Anzeige von der Aufnahme erfolgen (Gruchot 44, 1169). (Beschl. vom 18. Juni 1907; Beschw.-Reg. Nr. 377/07 IV). [1] N.

999

II.

Vollstreckung aus einer einstweiligen Verfügung über Gewährung des Unterhalts (§ 627 ZPO.) nach rechtskräftiger Scheidung. Im Scheidungsprozeß der Eheleute G. erging am 30. Dezember 1896 einstweilige Verfügung auf Zahlung von 60 Mk. Monatsunterhalt „von Zustellung dieses Beschlusses bis zum endgültigen Austrag des Scheidungsprozesses“; auf Widerspruch wurde am 17. Mai 1897 ein Vergleich vor dem Prozeßgericht dahin geschlossen, daß der Beklagte „monatlich nur 45 Mk. unter den in der einstweiligen Verfügung aufgeführten Modalitäten“ zu zahlen hatte. Durch rechtskräftiges Urteil vom 22. Januar 1904 wurde die Ehe aus beiderseitigem Verschulden geschieden. Auf Grund des Vergleichsprotokolls ließ die Klägerin am 29. November 1906 bei ihrem früheren Ehemann für 1950 Mk. Unterhaltsrest vom Mai 1899 bis Juni 1903 Mobiliarpfändung vornehmen. Hiergegen erhob der Schuldner Klage mit dem Antrag, die Vollstreckung für unzulässig zu erklären, weil die einstweilige Verfügung als nur auf Prozeßdauer erlassen mit der Rechtskraft des Urteils hinfällig geworden sei; etwaige Rückstände müsse die Klägerin nunmehr im ordentlichen Klageweg geltend machen. Die Klage wurde abgewiesen und die Berufung blieb erfolglos.

Aus den Gründen: Indem durch den gerichtlichen Vergleich der Inhalt der angefochtenen einstweiligen Verfügung abgeändert und der Unterhaltsbetrag ermäßigt worden ist, trat der Vergleich an Stelle der ohne ihn zu treffenden urteilsmäßigen Entscheidung und es ist die Tragweite der hierin übernommenen Unterhaltspflicht nach der einstweiligen Verfügung zu bemessen. [2]) Es ist also gleichgültig, ob die Pfändung auf Grund des Vergleichsprotokolls oder der ursprünglichen einstweiligen Verfügung geschah. Daß diese einstweilige Verfügung aber in dem Sinne durch die Dauer des Scheidungsprozesses auflösend bedingt oder betagt sei, daß auch für Rückstände nicht mehr vollstreckt werden könnte, ist eine ungerechtfertigte Behauptung; damit wurde nur das Ende des Zeitraums der materiellen Unterhaltspflicht begrenzt. § 929 Abs. 2 ZPO. steht dem nicht entgegen, weil die einstweilige Verfügung unbestritten innerhalb der dort bezeichneten Frist zugestellt worden ist, also die weiteren Vollstreckungsmittel ohne zeitliche Begrenzung zulässig waren. Die Unzulässigkeit läßt sich auch nicht aus dem Begriff der einstweiligen Verfügung herleiten, denn hier handelt es sich nicht so sehr um Sicherung eines später endgültig durch Urteil zu regelnden Anspruchs, als um Befriedigung eines feststehenden Geldanspruchs, der nur in seiner Beschränkung auf die Zeit der Prozeßdauer etwas „Provisorisches“ hat. Ob das gleiche hinsichtlich eines Prozeßkostenvorschusses gelten würde, mag dahin gestellt sein. Daß § 1613 BGB. einer Beitreibung derartiger Unterhaltsrückstände nicht entgegensteht, bedarf keiner Begründung. (Urt. vom 19. Juni 1907; L. 314/07). N.

998

Literatur.

Stein, Dr. Friedrich, Professor in Halle. Sechs Vorträge zur Justizreform. Tübingen. Verlag von J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1907, 109 S. Preis Mk. 2.—.

Die in Köln gehaltenen Vorträge unseres trefflichen Kommentators der ZPO. behandeln die Frage, ob und inwieweit wir einer durchgreifenden Justizreform bedürfen. So sehr Stein die weitwirkenden Anregungen mit Dank aufnimmt, die Adickes gegeben, in der Hauptsache lehnt er eine Rezeption der englischen Einrichtungen ab. Nach einer fesselnden kritischen Schilderung der Verfassung und des Verfahrens der englichen Justiz kommt er in den Hauptpunkten zu folgenden Ergebnissen: „Das englische Beweisrecht ist mittelalterlich, das Strafrecht mit 2800 Fällen der Prügelstrafe im Jahre genau ebenso. Das Verfahren ist äußerlich darauf zugeschnitten, daß der Angeklagte ein Gentleman ist bis zu seiner Verurteilung, aber innerlich von einer rücksichtslosen Brutalität gegen den Angeklagten, die mit dem liebevollen „Sich versenken in den Fall“ des deutschen Strafverfahrens im schärfsten Gegensatz steht. Und wie viele Urteile in England namentlich infolge der Hast des Summarverfahrens zu Unrecht ergehen, lehrt uns keine Statistik. Aber etwas können wir lernen: „daß wir unser Hauptverfahren im wesentlichen zu einem mündlichen machen und unser Vorverfahren reformieren in dem Sinne, daß es eine Vorbereitung der Anklage und nicht eine Vorbereitung der Hauptverhandlung ist. Meine Ueberzeugung ist, daß die Voruntersuchung beseitigt werden muß. Das Vorverfahren gehört in die Hand des Staatsanwalts, es soll ihm die Möglichkeit geben, sich zu entschließen, ob er die Anklage erheben will. Und dann eine Hauptverhandlung, in der die Anklageschrift, aber nicht die Akten des Staatsanwalts dem Richter vorgelegt werden, der nur nach Maßgabe der Hauptverhandlung zu entscheiden hat.“ Den schwersten Fehler des Buches von Adickes sieht Stein in der nur ganz gelegentlich und nebenher geschehenen Erwähnung der ungeheuer weitgehenden Entlastung des englischen Richters durch Hilfskräfte. „Es ergibt sich, daß in England nicht so sehr mit Richtern gespart wird, als vielmehr mit solchen Leuten, die den Namen, Rang und Titel des Richters haben“. Eine weitere Lücke des Buches sieht er darin, daß A. die Anwälte als die Hauptträger des englischen Rechtswesens, als bestimmt, den Richter bei seiner Aufgabe zu unterstützen, überhaupt nicht beachtet. Hinsichtlich der Stellung der Richter weist St. die Auffassung von A., daß unser Richterstand der kleinstaatlichen Zeit entstamme, als eine grobe Verkennung des geschichtlichen Zusammenhanges zurück. Unseren beamteten Richterstand haben Friedrich der Große, Oesterreich und

[1]) Folgerichtig wird im Anwaltsprozeß auch der siegende Kläger, wenn sein Anwalt nach Rechtskraft des Urteils gestorben ist, nicht selbst zum Gerichtsschreiberprotokoll die Festsetzung seiner Kosten beantragen können, ohne vorher einen neuen Anwalt zu bestellen. Selbstverständlich aber kann nur der Wegfall des Anwalts erster Instanz von Einfluß sein. Der Eins.

[2]) Die Mißlichkeit der Schaffung doppelter Vollstreckungstitel und das Verzichtsverbot des § 1641 Abs. 1 BGB. lassen es praktisch erscheinen, solche Vergleiche in die Form der Anspruchs- und Widerspruchszurücknahme zu kleiden; damit wird auch die Anwendbarkeit des § 927 ZPO. (veränderte Umstände) außer Streit gestellt. Der Eins.

Frankreich geschaffen. Die Ausstattung der Gerichte mit zahlreichen Richtern und die ständige Zunahme ihrer Zahl ist nur das Ergebnis natürlicher und berechtigter Faktoren und wird auch so bleiben müssen. „Daß freilich die gegenwärtige Stellung der Richter innerhalb des Beamtenorganismus eine zu bescheidene ist, das muß zugegeben werden. Von dem Roten Adler-Orden vierter Klasse angefangen, mit dem die Reichsgerichtsräte bedacht werden, über die Tatsache hinweg, daß der Präsident des Reichsmilitärgerichts Chef einer obersten Reichsbehörde (im Sinne des § 382 ZPO. und des § 49 StPO.) ist, während der Präsident des Reichsgerichts diese Stellung nicht einnimmt, oder daß der Oberlandesgerichtspräsident im Range der Brigadekommandeure steht, deren es in seinem Bezirke ein halbes Dutzend gibt, bis herunter zu den Richtern der unteren Instanzen, die hinter den an Vorbildung und Wirkungskreis gleichgestellten Beamten der Staatsverwaltung zurückstehen müssen, überall sehen wir die Justiz als das Aschenbrödel". Auch den Richterersatz aus dem Anwaltsstande verwirft St. (nicht etwa aus geringerer Einschätzung des Anwaltsstandes, sondern wegen der Verschiedenartigkeit der Eigenschaften, die jeder der beiden Berufe erfordert) „mit der Einschränkung, daß es wohl gut sein mag, etliche Anwälte an die oberen Gerichte und insbesondere ans Reichsgericht zu bringen". Ganz unrichtig schließlich findet er den Gedanken von A., die Amtsrichter zu Richtern II. Klasse zu degradieren, sie zum lebenslänglichen Sitzenbleiben zu verurteilen. Im zweiten Teile der Vorträge führt St. aus, was er von den Vorschlägen von A. und sonst für die Justizreform empfehlenswert ansieht. Im großen und ganzen tritt er für eine Beibehaltung unserer Gerichtsverfassung ein. Seine Reformvorschläge legen das Schwergewicht auf eine Entlastung der Richter. Im einzelnen darauf einzugehen, muß ich mir versagen. Erwähnen will ich nur, daß St. für die damals erst von dem OLG.-Präsidenten Vierhaus, neuerdings aber von fast allen Gutachtern bekämpfte Erweiterung der Zuständigkeit der Amtsgerichte eintritt, freilich nicht für eine mechanische Erhöhung, sondern nur für die Erhöhung bei bestimmten größeren Amtsgerichten und weiter auch nur für die Sachen, die regelmäßig nur zum kleinsten Teil streitig werden. Auch ich bin gegen eine Erhöhung der amtsgerichtlichen Zuständigkeit. Wenn St. die Verschlechterung des Prozesses der wirtschaftlich schwächeren Bevölkerung damit rechtfertigt: „Die kleinen Sachen haben nicht die Bedeutung für den Staat und auch nicht für den einzelnen, um den Aufwand eines komplizierten Prozeßapparates zu rechtfertigen", so scheint er zu verkennen, daß für den kleinen Mann seine kleine Sache ebenso wichtig ist, wie etwa für den preußischen Fiskus der Hiberniaprozeß. Verschlechtert man ihm den Rechtsweg, so wird ihn das als eine Zurücksetzung seiner Lebensinteressen erbittern (S. 89 geht St. übrigens von jenem Grundsatze etwas ab). Protestieren will ich schließlich noch gegen die Behauptung, daß, wenn im Zivilprozeß die Schreibgebühren wegfielen, wahrscheinlich eine Besserung der Aktenüberwucherung eintreten würde. Wenn St. meint, daß die Anwälte um der Schreibgebühren willen lange Schriftsätze fertigen, so ist das eine geradezu heitere Geringschätzung geistiger Arbeit, da doch wahrlich die geistige Anstrengung, die dazu gehört, eine Seite Schriftsatz zu diktieren, mit den 20 Pfg. Schreibgebühr für die beiden Abschriften entfernt nicht abgegolten werden kann.

Das Büchlein, das die ganze Frische des gesprochenen Wortes behalten hat, zeigt eine temperamentvolle, freimütige, energische Persönlichkeit, eine Kämpfernatur. Es sei als anregende Lektüre empfohlen!

Rechtsanwalt Dr. Beckel, Jena.

Meikel, Georg, II. Staatsanwalt in München. **Grundbuchordnung für das Deutsche Reich vom 24. März 1897 unter besonderer Berücksichtigung des bayerischen AG. und der einschlägigen Vollzugsvorschriften.** München 1907, J. Schweitzer Verlag (Arthur Sellier). Lieferung 1 bis 4 Mk. 6.30.

Dieser erste bayerische Kommentar zur GBO., von dem bisher 4 Lieferungen (bis § 48) erschienen sind, trägt den Bedürfnissen der bayerischen Praxis in glücklicher Weise Rechnung, indem er das in so weitem Umfang ergänzend eingreifende Landesrecht in die Erläuterungen zu den einzelnen Vorschriften der GBO. einbezieht. Die Anmerkungen sind zwar sorgfältig und eingehend durchgearbeitet, jedoch nicht so umfangreich, daß die Uebersicht verloren ginge. Deshalb und wegen seiner klaren Schreibweise eignet sich der Kommentar nicht nur zur Benützung als Nachschlagebuch, sondern auch als Hilfsmittel für das Studium.

— — o — —

Der Jurist. Eine Uebersicht über sämtliche auf Grund des juristischen Studiums ergreifbaren Berufe innerhalb des Staatsdienstes. Unter Berücksichtigung der neuesten Bestimmungen der deutschen Bundesstaaten dargestellt von einem Juristen. (Violets Berufswahlführer). 94 S. Gebd. Mk. 1.20.

Ein in anregender Form und mit Verständnis geschriebenes Büchlein. Sehr wohltuend berührt z. B. die Verteidigung der Staatsanwälte gegen die wenig geschmackvollen Verdächtigungen, in denen sich manche Tagesblätter ergehen. (S. 48). Mit Freimut berührt der Verfasser auch, freilich nur mit kurzen Worten, einen der schwersten Mißstände unseres Universitätswesens: die Wertlosigkeit vieler theoretischer Vorlesungen, die die Flucht aus den Hörsälen und den Besuch privater „Einpauk-Repetitorien" zur Folge haben. (S. 16 ff.).

von der Pfordten.

Fitting, Dr. Hermann, Geh. Justizrat und Universitätsprofessor zu Halle. **Der Reichszivilprozeß.** 12. und 13. neu durchgesehene Auflage. Berlin 1907, J. Guttentag, Verlagsbuchhandlung. Geh. Mk. 8.—, gebd. 8.50.

Diese Einführung in das Zivilprozeßrecht wird wie bisher den Anfängern gute Dienste tun. Wenn sie auch nirgends in die Tiefe geht und die schwierigen Probleme mehr streift als löst, ist sie doch wegen ihrer Uebersichtlichkeit und der leicht faßlichen Darstellung sehr zu empfehlen.

von der Pfordten.

Guttentagsche Sammlung deutscher Reichsgesetze. In neuen Auflagen sind erschienen:

1. **Krech, Dr. J.,** Kais. Geh. Regierungsrat, Mitglied des Bundesamtes für das Heimatwesen. Die Reichsgesetze über den Unterstützungswohnsitz in der Fassung der Nov. vom 12. März 1894, die Freizügigkeit, den Erwerb, Verlust der Bundes- und Staatsangehörigkeit nebst den auf ersteres Gesetz bezüglichen landesgesetzlichen Bestimmungen sämtlicher Bundesstaaten. Textausgabe mit Anmerkungen und Sachregister. 6. vermehrte und verbesserte Aufl. Berlin 1907. Gebd. Mk. 3.—.
2. **Rüdorff, Dr. Hans.** Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich. Nebst den gebräuchlichsten Nebengesetzen. Textausgabe mit Anmerkungen und Sachregister. 22. Aufl. von **Dr. H. Appelius.** Berlin 1907. Gebd. Mk. 1.50.

Verantwortl. Herausgeber: Th. von der Pfordten, K. Landgerichtsrat, verw. im Staatsministerium d. Justiz.

Eigentum von J. Schweitzer Verlag (Arthur Sellier) in München.
Druck von Dr. Franz Paul Datterer & Cie., G. m. b. H., Freising.

Sonderbeilage zur Zeitschrift für Rechtspflege in Bayern.

Die für die Anwendung des Reichsstrafgesetzbuchs wichtigeren Entscheidungen des Reichs-Militär-Gerichts.

Bearbeitet von Regierungsrat v. Sutner in München. (Schluß.)

(Die den einzelnen Entscheidungen beigesetzten Zahlen beziehen sich auf die amtliche Sammlung der Entscheidungen des Reichsmilitärgerichts).

§ 243 Nr. 2. Das Ausschneiden der Glasscheibe eines Schaufensters und Beklopfen der Anschnittstelle, um ein Loch in die Scheibe zu brechen in der Absicht, durch dieses hindurch zulangen und sich die dahinter liegenden Gegenstände rechtswidrig zuzueignen, stellen sich nicht nur als Vorbereitungshandlungen dar, sondern enthalten den Anfang der Ausführung des Verbrechens. 2 269.

Die Wegnahme eines Behältnisses aus einem Gebäude oder umschlossenen Raum ist insolange nicht vollendet, als das Behältnis sich noch innerhalb des befriedeten Hauswesens befindet. 5 98.

Durch das Erbrechen des gestohlenen Behältnisses innerhalb des Gebäudes wird der Diebstahl im Sinne des § 243 Nr. 2 StGB. auch dann als ein schwerer qualifiziert, wenn das Erbrechen erst nach Verlassen des Aufbewahrungsortes auf der Treppe erfolgt. Dies gilt auch bezüglich militärischer Dienstgebäude, insbesondere der Kasernen und der dort befindlichen Behältnisse. 5 98.

Zum Begriffe der Gewaltanwendung beim Erbrechen von Behältnissen wird nicht ein bestimmtes Maß von erhöhter Kraftanwendung, sondern nur ein solches Maß von körperlichem Kraftaufwand erfordert, durch welches die Widerstandskraft des Hindernisses im konkreten Falle überwunden werden kann. 6 250.[1])

Nr. 3. Der ursprünglich für ein Schloß bestimmte Schlüssel verliert die Eigenschaft des zum Schlosse gehörigen Schlüssels, wenn der Eigentümer durch Handlungen zu erkennen gibt, daß die ursprüngliche Bestimmung des Schlüssels für dieses Schloß erloschen sein soll. 5 145.

§ 246. „Verheimlichung" einer fremden, im Besitz oder Gewahrsame des Täters befindlichen Sache stellt dann einen Akt der Zueignung dar, wenn gerade in der Verheimlichung der den Umständen des konkreten Falles zu entnehmende, auf rechtswidrige Zueignung gerichtete Wille des Täters sich ausspricht. 2 47.

In der Vermischung fremden Geldes mit eigenem kann nur dann eine Unterschlagung liegen, wenn der Täter bereits bei Vornahme der Vermischung das Bewußtsein hatte, durch sie in einer den Zueignungsbegriff erfüllenden Weise verletzend in die Rechte des Eigentümers einzugreifen, und wenn er zugleich in der Absicht handelte, durch die Vermischung sich die fremden Gelder rechtswidrig anzueignen. 2 130.

Aus der Nichterfüllung einer zivilrechtlichen Verbindlichkeit, für fremde Sachen aufzukommen, folgt an sich nichts für die strafrechtliche Verantwortlichkeit des Verpflichteten. Letztere liegt nur dann vor, wenn der Verpflichtete selbst hinsichtlich der fremden Sachen als Täter oder in einer der dem StGB. bekannten Formen der Teilnahme eine strafbare Handlung begangen hat. 2 130.

Durch die Einzahlung von Geld auf Grund einer Postanweisung wird der Postfiskus Eigentümer des eingezahlten Geldes. Bei Auszahlung des Geldes durch die Post ist als deren Wille, auf wen das Eigentum übertragen werden soll, der der Einzahlung erkennbar zugrunde liegende Wille des Absenders anzusehen. 2 130.

Die Unterschlagung setzt voraus, daß der Täter den Besitz oder Gewahrsam der fremden Sache nicht erst durch die rechtswidrige Zueignung erwirkt, sondern zu dieser Zeit bereits hat. 2 172.

Die Absicht der rechtswidrigen Zueignung wird durch die Ersatzabsicht des Täters in Verbindung mit ihrer durch bereite Mittel gewährleisteten Ausführbarkeit dann ausgeschlossen, wenn hierdurch in dem Täter das Bewußtsein begründet werden kann und begründet wird, der Eigentümer oder sonst Berechtigte werde bei Kenntnis dieser Verhältnisse mit der Zueignung der Sache einverstanden sein. 2 172.

In dem Ableugnen des Besitzes einer Sache gegenüber dem Eigentümer kann der Akt der Zueignung liegen, wenn in dem Ableugnen der Wille, das Recht des Eigentümers nicht mehr anzuerkennen und die Sache der eigenen Herrschaft zu unterwerfen, zum Ausdruck gelangt. 2 275.

In dem bloßen, wenn auch unerlaubten Gebrauch einer fremden Sache liegt nicht die nach § 246 StGB. erforderliche Zueignung. 3 179.

In der Verausgabung von Geld liegt ein Verbrauch, also eine Zueignung. 3 179.

In dem bloßen Nichtabliefern einer fremden Sache, zu deren Ablieferung der Täter verpflichtet ist, liegt noch keine Zueignung der Sache, selbst wenn der Täter die Ablieferung in der Absicht rechtswidriger Zueignung unterläßt. Eine Zueignung liegt vielmehr erst dann vor, wenn der auf sie gerichtete Wille des Täters in einer äußerlich erkennbaren Weise sich geoffenbart hat. 4 254.

Bei der Uebertragung einer Sache zu Eigentum an einen Dritten kann der Empfänger an der empfangenen Sache eine Unterschlagung nur dann begehen, wenn die übertragene Sache nicht in sein Eigentum übergegangen ist. Ob letzteres der Fall ist oder nicht, hängt lediglich von der Einigung des Uebertragenden und des Empfängers in betreff des Eigentumsüberganges, nicht von etwaigen der Uebergabe zugrunde liegenden Vertragsverhältnissen ab. 4 254.

Die Unterschlagung setzt voraus, daß der Täter zur Zeit der Zueignung die fremde Sache bereits in Besitz oder Gewahrsam hat. 5 103.

Der Tatbestand der Unterschlagung wird nicht dadurch ausgeschlossen, daß die Besitzergreifung unberechtigt war; letztere darf nur nicht den Tatbestand einer anderen strafbaren Handlung begründen. 5 257.

Eignet sich Jemand einen in seinem Gewahrsame befindlichen fremden verschlossenen Brief behufs etwaiger Wegnahme seines Wertinhaltes an und vernichtet er ihn nach der Durchsuchung, so ist für die strafrechtliche Beurteilung der Tat die Willensrichtung des Täters entscheidend. Ging sie nicht auf Beschädigung des Briefes durch Eröffnung, sondern von vornherein auf Aneignung des Ganzen — Kuvert mit Inhalt —, so liegt Unterschlagung des Ganzen vor. Vernichtet der Täter in einem solchen Falle später, um seine Entdeckung zu vereiteln, den Brief, so kann hierin eine neue selbständige Straftat nicht erblickt werden, insbesondere keine Sachbeschädigung. 7 11.

[1]) In Uebereinstimmung mit RGSt. 13 200.

Wird eine Sache einem Beauftragten, und zwar als Stellvertreter seines Auftraggebers zu unmittelbarer Eigentumsübertragung an den letzteren übergeben, so erlangt der Beauftragte an der Sache kein Eigentum; er kann daher an der empfangenen Sache eine Unterschlagung, und zwar zum Nachteil seines Auftraggebers, begehen. 7 64.

Der Erwerb des Gewahrsams setzt einen Willensakt voraus, durch den der Erwerber zu der Sache in das tatsächliche Verhältnis, sie beherrschen zu können, tritt, verbunden mit dem Willen, die Sache der eigenen tatsächlichen Herrschaft zu unterwerfen. 9 99.

In der Beseitigung der das Eigentum an der Sache kennzeichnenden Merkmale kann der Zueignungsakt liegen, wenn dadurch der Wille zum Ausdruck kommt, die Sache ihrem Eigentümer zu entziehen und mit dessen Ausschluß seiner eigenen Herrschaft zu unterwerfen. Der Zeitpunkt der Zueignung braucht nicht näher festgestellt zu werden; es genügt, wenn feststeht, daß die Zueignung in der Zeit erfolgt ist, während welcher sich die fremde Sache im Besitze des Täters befand. 9 220.

§ 257. Die zum Tatbestande der Begünstigung erforderliche Beistandleistung muß eine derartige sein, daß eine, wenn auch nur entfernte Möglichkeit des Eintritts des rechtswidrigen Erfolges gegeben ist. 6 118.

Die Begünstigung kann nicht durch eine reine Unterlassung begangen werden, wohl aber durch die Unterlassung einer gebotenen Tätigkeit.[1])

Die Vorteile des Verbrechens und Vergehens, welche durch die Beistandleistung des Täters im Sinne des § 257 a. a. O. gesichert werden sollen, beschränken sich nicht auf Vermögensvorteile. Vielmehr sind hierunter Vorteile im weiteren Sinne zu verstehen. 8 182.

Ist das Vergehen der unerlaubten Entfernung durch eigenmächtiges Sichentfernen oder vorsätzliches Fernbleiben konsumiert, so sind auch schon vor der Beendigung dieses Dauerdelikts Begünstigungshandlungen möglich, um den Täter der Strafe zu entziehen. 9 294.

§ 259. Das Ansichbringen beweglicher Sachen, welche aus den mittelst einer strafbaren Handlung erlangten Stoffen hergestellt sind, fällt nicht unter den Tatbestand des § 259 StGB., sofern nicht der Wert der Verarbeitung erheblich geringer ist als der Wert des Stoffes. 3 90.

Der Tatbestand der Hehlerei erfordert, daß das Erlangen mittelst einer strafbaren Handlung dem Ansichbringen zeitlich vorausgehe. Hehlerei kann nur an solchen Sachen begangen werden, welche unmittelbar mittelst einer strafbaren Handlung erlangt sind, nicht an solchen, welche durch Verwertung an deren Stelle getreten sind. 5 257.

§ 263. Das Wesen des Versuchs liegt in der Nichtvollendung der Handlung. Der Mangel der Rechtswidrigkeit des erstrebten Vermögensvorteils schließt nicht nur die Annahme des vollendeten, sondern auch die des versuchten Betrugs aus. Der Irrtum des Täters in dieser Beziehung ist unschädlich. 4 231.

Das Vorzeigen eines gefälschten Urlaubspasses am Eisenbahnschalter zum Zwecke des schnelleren Fortkommens in der Absicht, die Ausgaben für eine Schnellzugsfahrkarte zu ersparen, fällt unter § 263 StGB. 3 141.

Unter Irrtum im Sinne des § 263 StGB. ist die irrige Vorstellung über konkrete Tatumstände zu verstehen; der Mangel einer jeden Vorstellung von dem in Wahrheit vorliegenden Sachverhalt ist lediglich eine „ignorantia facti" nicht ein „error" i. S. des § 263 a. a. O.

Die Vermögensbeschädigung muß durch die Irrtumserregung verursacht sein, es muß getäuscht sein eine Persönlichkeit, die bei Kenntnis der wahren Sachlage die Vermögensbeschädigung zu hindern verpflichtet war oder wenigstens kraft ihrer Stellung gehindert haben würde.

Die Feststellung dieser Person ist erforderlich zur Prüfung des Kausalzusammenhanges zwischen Irrtum und Vermögensbeschädigung. 5 77.

Zum Tatbestande des Betrugs ist in subjektiver Hinsicht erforderlich, daß der Täter mit der Absicht auf Erreichung eines rechtswidrigen Vermögensvorteils gehandelt hat.

Nicht erforderlich ist die Absicht, das Vermögen eines anderen zu beschädigen. Es genügt vielmehr das Bewußtsein des Täters, die Vermögensbeschädigung könne als Folge der Täuschung eintreten.

Unter Vermögensbeschädigung im Sinne des § 263 StGB. ist nur die Beschädigung des bereits vorhandenen Vermögens zu verstehen. Die Vermögensbeschädigung kann auch in dem Verlust eines Anspruchs auf einen Gewinn bestehen, dieser Anspruch muß aber ein rechtlich begründeter gewesen sein. 8 191.

Zum Tatbestande des Betrugs wird nicht die auf Erlangung eines dauernden Vermögenvorteils gerichtete Absicht erfordert. Schon die Erlangung von Kredit stellt sich als Vermögensvorteil dar. Ist dieser durch das Mittel der Täuschung erstrebt, so wird dessen Rechtswidrigkeit weder in objektiver noch in subjektiver Richtung durch die Absicht und Fähigkeit des Täters zur späteren Ersatzleistung ohne weiteres ausgeschlossen.

Die Absicht, einem Dritten einen rechtswidrigen Vermögensvorteil zu verschaffen, erfüllt den Tatbestand des § 263 StGB., auch wenn der Dritte weder die Absicht noch das Bewußtsein rechtswidriger Vermögensbereicherung hat.

Vermögensbeschädigung ist jede auch nur vorübergehende Minderung des Gesamtvermögenswerts. Auch eine Vermögensgefährdung genügt, sofern sie eine Verschlechterung des gegenwärtigen Vermögensstandes darstellt. Die für den Täter bestehende Möglichkeit, durch weiteres Borgen bei Dritten die zur Rückerstattung eines durch Täuschung erlangten Darlehens erforderlichen Mittel zu beschaffen, reicht zur Ausschließung einer Vermögensgefährdung auf seiten des Darlehensgebers nicht aus.

Daß die Absicht des Täters auf Herbeiführung der Vermögensbeschädigung gerichtet war, erfordert § 263 StGB. nicht. Es genügt dessen Bewußtsein, daß seine Handlung geeignet sei, eine Vermögensbeschädigung — wenigstens eventuell — herbeizuführen, sofern diese mögliche Folge der Täuschung vom Täter in seinem Willen aufgenommen war.

Die Tatsache, daß der Getäuschte nicht in erster Linie durch die Täuschung, sondern hauptsächlich durch andere Umstände zu der ihn schädigenden Vermögensdisposition bestimmt wurde, rechtfertigt noch nicht den Ausschluß des Kausalzusammenhanges zwischen Täuschung und Vermögensschädigung. Als Ursache im Rechtssinne kommt eine Handlung nicht nur dann in Betracht, wenn sie die alleinige oder hauptsächliche Bedingung des Erfolges ist, sondern schon dann, wenn sie überhaupt eine Bedingung des Erfolges bildet, d. h. wenn sie nicht hinweggedacht werden kann, ohne daß zugleich der eingetretene Erfolg entfiele. 8 275.

Der erstrebte Vermögensvorteil ist ein rechtswidriger im Sinne des § 263 StGB., wenn ein Rechtsanspruch auf ihn nicht bestand.

Hat eine Behörde eine an eine bestimmte Person von ihr zu leistende Zahlung an eine andere nicht

[1]) Vgl. hierzu RGSt. 3. Juli 1905, JW. S. 752.

empfangsberechtigte Person geleistet, weil sie von dieser in den Irtum versetzt worden ist, daß sie die berechtigte Person sei und die Voraussetzungen vorlägen, unter denen sie zur Zahlung verpflichtet ist, so ist die Behörde durch die Zahlung an den Unberechtigten an ihrem Vermögen beschädigt. 9 61.

§ 266 Nr. 2. Bevollmächtigter im Sinne des § 266 Nr. 2 StGB. ist nur eine Person, welcher das Recht zusteht, im Namen ihres Auftraggebers für diesen Rechtsgeschäfte abzuschließen. Diese Befugnis hat der Agent an sich nicht. 8 22.[1])

§ 267. Ein Urlaubspaß, unterzeichnet vom Eskadronschef und mit dem Dienstsiegel des Regiments versehen, ist eine öffentliche Urkunde.

Die Fälschung eines solchen Urlaubspasses zum Zwecke der Erlangung ermäßigter Eisenbahnfahrtaxe ist ein Verbrechen im Sinne der §§ 267, 268 Nr. 2 StGB., nicht aber eine Uebertretung nach § 363 a. a. O. 2 29.

Ein Urlaubspaß, welcher vom Kompagniechef unterzeichnet, jedoch mit einem von der Kompagnie ohne Berechtigung geführten Stempel versehen ist, hat nicht die Eigenschaft einer öffentlichen Urkunde. 2 54.

Eine Unteroffizieren oder Mannschaften zum Zwecke des Nachweises der Erlaubnis des Ausbleibens über Zapfenstreich ausgestellte Urlaubskarte regelt — im Gegensatze zu Urlaubspaß, Urlaubsschein — lediglich innere militärische Angelegenheiten und hat deshalb weder den Charakter einer öffentlichen noch einer Privaturkunde.[2])

Eine Verfälschung oder eine fälschliche Anfertigung einer solchen Urlaubskarte kann militärgerichtlich nur dann in Betracht kommen, wenn gleichzeitig die Tatbestandsmerkmale der Straftaten der §§ 90 bzw. 139 MStGB. oder des § 263 StGB. vorhanden sind. 4 86.

Ein Urlaubsschein, ausgestellt von dem zuständigen Kompagnieführer in der vorgeschriebenen Form und versehen mit dem Stempel der bezügl. Marine-Abteilung, ist eine öffentliche Urkunde.

Seine Fälschung bezüglich der Dauer des Urlaubs und Gebrauchmachen von der gefälschten Urkunde bei dem Gemeindevorsteher und der Eisenbahn ist ein Verbrechen im Sinne der §§ 267, 268 Nr. 2 bzw. 263 StGB., nicht aber eine Uebertretung nach § 363 a. a. O. 4 195.

Unter öffentlichen Urkunden im Sinne des § 267 StGB. sind solche Urkunden zu verstehen, welche von einer öffentlichen Behörde innerhalb der Grenzen ihrer Amtsbefugnisse oder von einer mit öffentlichem Glauben versehenen Person innerhalb des ihr zugewiesenen Geschäftskreises in der vorgeschriebenen Form aufgenommen sind.

Wo keine besondere Form vorgeschrieben ist, muß die Urkunde in der herkömmlichen Form ausgestellt sein.

Eine von einem Gemeindevorsteher im Geltungsbereiche der Landgemeindeordnung für die sieben östlichen Provinzen der Monarchie Preußen vom 3. Juli 1891 amtlich erteilte Bescheinigung ist in der herkömmlichen Form ausgestellt, wenn sie mit der Angabe des Ortes, dem Datum der Ausstellung, der Unterschrift des Gemeindevorstehers und dem Siegel des Gemeindevorstehers versehen ist. 4 210.

Eine mit den vorgeschriebenen Vermerken der Postbeamten versehene Postanweisung ist eine öffentliche Urkunde. 4 225.[3])

Eine Privaturkunde ist zum Beweise von Rechten oder Rechtsverhältnissen von Erheblichkeit, wenn sie zum Beweis eines Rechtes in irgend einem geordneten Verfahren, welches der Verwirklichung des materiellen Rechtes dient, von Erheblichkeit ist. 5 72.

Der Quittungsvermerk der Postordonnanz in dem Briefabgangsbuch über den Empfang der zur Beförderung zur Post bestimmten Briefe ist eine beweiserhebliche Privaturkunde im Sinne des § 267 StGB. 5 72.

Das Gebrauchmachen zum Zwecke der Täuschung erfordert den Willen des Täters, die Urkunde zur Kenntnis des zu Täuschenden zu bringen, und eine Handlung, durch welche dem zu Täuschenden die sinnliche Wahrnehmung von dem Inhalte der Urkunde ermöglicht wird. 5 72.

Die bei den Kompagnien, Eskadrons und Batterien geführten Truppen-Stammrollen und die Stammrollen über die Kapitulanten sind, wenn sie der vorgeschriebenen Form entsprechen, öffentliche Urkunden im Sinne des § 267 StGB. und § 415 ZPO. 5 191.

Ein Urlaubsbuch bildet lediglich ein Kontrollmittel für den inneren militärischen Dienst und besitzt keine Urkundenqualität im strafrechtlichen Sinne. 5 199.

Für die Form der öffentlichen Urkunden sind die Vorschriften des Landesrechts ihres Entstehungsorts maßgebend.[1])

Die Echtheit einer Urkunde ist dadurch bedingt, daß die in ihr enthaltene Bestätigung wirklich von demjenigen herrührt, welchen sie als ihren Aussteller bezeichnet. Gleichgültig ist, ob die bestätigte Tatsache der Wahrheit entspricht oder nicht.[2])

Ein vorschriftsmäßig ausgestellter Urlaubspaß verliert seine Urkundenqualität weder durch Ablauf der Urlaubszeit, noch durch die Abstempelungen, welche von den Eisenbahnbehörden bei Verabfolgung von Militärfahrkarten darauf vorgenommen wurden.

Echte Urkunden, an denen bereits Fälschung begangen wurde, ohne daß sie dadurch ihre Urkundenqualität verloren haben, können weiter verfälscht werden. 7 288.[3])

§ 436 Ziff. 1 MStGO. setzt eine unechte — fälschlich angefertigte oder verfälschte — Urkunde im Sinne des Reichsstrafgesetzbuchs und daneben die Tatsache voraus, daß die Urkunde in der Hauptverhandlung überhaupt vorgebracht ist. 8 96.

Die Verfälschung einer Urkunde kann nicht nur in der Weise erfolgen, daß an die Stelle des seitherigen Inhalts oder eines Teiles ein anderer Inhalt tritt, sondern auch dadurch bewirkt werden, daß zu dem bereits vorhandenen Urkundeninhalt ein Zusatz gemacht wird, wodurch die Beweiskraft der Urkunde eine veränderte Richtung erhält. 9 46.

Eine nach dem vorgeschriebenen Muster ausgestellte, aber nicht mit der Unterschrift, sondern mit dem Faksimilestempel des Kompagniechefs versehene Urlaubsbescheinigung hat nicht die Eigenschaft einer öffentlichen Urkunde; wohl aber kann sie eine Privaturkunde sein, welche zum Beweise von Rechten und Rechtsverhältnissen erheblich ist. 9 64.

Die Rechtserheblichkeit einer Urkunde im strafrechtlichen Sinne liegt in ihrer Bestimmung, als Beweismittel für rechtserhebliche, also für solche Tatsachen zu dienen, welche die Entstehung, Erhaltung, Aenderung oder Aufhebung eines Rechtes oder Rechtsverhältnisses bewirken.

Ob dieses Recht oder Rechtsverhältnis im Privatrecht oder öffentlichen Rechte seinen Grund hat, ist für den Begriff solcher Urkunden gleichgültig.

Die Beweiserheblichkeit der Privaturkunde im strafrechtlichen Sinne hängt nicht von der Unterschrift ihres Ausstellers ab; notwendig ist nur, daß die Urkunde ihrem Inhalte nach den Aussteller bestimmt erkennen läßt. 9 247.

---

[1]) Siehe hierzu auch RGSt. 8 283, 11 241, 15 41, 13 195, 26 230.

[2]) Siehe dagegen unten 9 64 und die in diesem Urteile enthaltenen Ausführungen.

[3]) In Uebereinstimmung mit RGSt. 24 130.

[1]) In Uebereinstimmung mit RGSt. 8 372 Rspr. 5 199.

[2]) Vgl. RGSt. 10 273.

[3]) In Uebereinstimmung mit RGSt 4 69.

§ 268 Abs. 1 Nr. 2. Mit dem Verbrechen der schweren Urkundenfälschung kann das Vergehen des Betrugs ideell konkurrieren. **4** 210.

Die Absicht, sich einen Vermögensvorteil zu verschaffen, kann darin gefunden werden, daß der Täter durch die Urkundenfälschung sich in dem gefährdeten Besitz unterschlagenen Geldes zu erhalten bezweckt. **7** 238.[1])

§ 270 StGB. setzt eine objektiv falsche oder verfälschte Urkunde voraus; dagegen ist nicht erforderlich, daß diese in rechtswidriger Absicht fälschlich angefertigt oder verfälscht ist.

Wird von einer gefälschten oder fälschlich angefertigten Urkunde seitens des Fälschers durch mehrere selbständige Handlungen mehrmals zum Zwecke der Täuschung Gebrauch gemacht, so liegt Realkonkurrenz der Straftaten nach § 267 und 270 StGB. vor. **6** 167.[2])

§ 286 Abs. 1. Der Tatbestand des § 286 StGB. ist schon voll begründet durch öffentliche Veranstaltung der Lotterie oder Ausspielung ohne obrigkeitliche Erlaubnis.

Eine Lotterie veranstaltet, wer die Beteiligung einer Mehrheit von Personen an einem nicht schon bestehenden Unternehmen ermöglicht, durch welches dem Publikum die Gelegenheit geboten wird, durch einen Einsatz die Aussicht auf einen vom Zufall abhängigen Gewinn zu erwerben. Ist die Veranstaltung zur Ausspielung bereits vollendet, so kann durch die Beteiligung an der Veranstaltung als Spieler eine nach § 49 StGB. strafbare Beihilfe zu dem Vergehen wider § 286 StGB. nicht mehr geleistet werden. **9** 136.[3])

§ 303. Als „aufsichtslos herumstreifend" sind Hunde zu betrachten, wenn sie sich der Beobachtung und Einwirkung ihres Herrn dauernd oder zeitweis gänzlich entziehen.

In Bayern steht dem mit Jagdkarte versehenen Jagdgaste sowohl, wenn er in Begleitung des Jagdberechtigten, als wenn er mit Genehmigung des Jagdberechtigten selbständig auf dessen Jagdgebiete die Jagd ausübt, die Befugnis zu, aufsichtslos herumstreifende Hunde zu töten.

Diese Befugnis besitzt der Jagdgast, welcher auf dem Jagdgebiete des Berechtigten selbständig jagen darf, auch dann, wenn er sich im gegebenen Zeitpunkte nicht zum Zwecke der Jagdausübung, sondern aus anderer Veranlassung dort aufhält. **9** 201.[4])

§ 316. Als eine zur Leitung der Eisenbahnfahrten und zur Aufsicht über die Bahn und den Beförderungsbetrieb angestellte Person im Sinne des § 316 Abs. 2 a. a. O. ist jeder anzusehen, der von zuständiger Stelle, wenn auch nur vorübergehend, damit beauftragt ist, darauf zu achten, daß bei einer Eisenbahnfahrt keine Gefahr erwachse und kein Schaden entstehe. **8** 227.[5])

§ 345. Fahrlässigkeit im Sinne des § 345 Abs. 2 StGB. liegt vor, wenn der Täter zufolge schuldhaften Irrtums nicht weiß, daß sein Verhalten eine unzulässige Strafvollstreckung zur Folge habe, oder, wenn er dies weiß, ihm aber zufolge schuldhaften Irrtums unbekannt ist, daß die Strafe der Art oder dem Maße nach nicht vollstreckt werden darf. **6** 24.

§ 351. Auch durch Unterlassung einer gebotenen Eintragung kann eine unrichtige Buchführung vorgenommen werden. **3** 204.

§ 360 Nr. 11. Eines groben Unfugs im Sinne des § 360 Nr. 11 StGB. macht sich derjenige schuldig, der durch eine grobe ungebührliche Handlung das Publikum in seiner unbestimmten Allgemeinheit unmittelbar belästigt oder gefährdet und zwar derart, daß dadurch der äußere Bestand der öffentlichen Ordnung gefährdet wird. **5** 158.

Die öffentliche Ordnung besteht darin, daß das Publikum in seiner Allgemeinheit unter dem Schutze der Gesetze ungestört seinen jeweiligen Interessen entsprechend soll leben können. Zu letzteren gehört auch der zeitweilige Aufenthalt in einem öffentlichen Lokal. Wird diese Ordnung in ihrem äußeren Bestande gestört und gefährdet, so liegt „grober Unfug" im Sinne des § 360 Nr. 11 StGB. vor. **5** 186.[1])

§ 366 Nr. 7. Ein Untergebener, welcher mit einem Steine nach einem Vorgesetzten in der Absicht wirft, ihn zu treffen, begeht, auch wenn der Stein nicht trifft, ein Verbrechen gegen § 97 MStGB. **8** 131.

§ 370 Abs. 1 Nr. 5. Die Frage ob „unbedeutender Wert" oder „geringe Menge" gegeben sei, ist objektiv zu beurteilen. **2** 50.[2])

Maßgebend ist für die Beurteilung des Wertes der gemeine Wert der Sache zur Zeit der Entwendung. **2** 50.

Die auf Beschaffung eines Vorrats gerichtete Absicht schließt die Annahme der Entwendung zum „alsbaldigen Verbrauch" aus. **2** 50.

Die Frage, ob der entwendete Gegenstand oder die Gesamtheit der entwendeten Sachen von nur „unbedeutendem Werte" im Sinne des § 370 StGB. sind, liegt wesentlich auf tatsächlichem Gebiete. **8** 135.

Die Absicht des alsbaldigen Verbrauchs erfordert immer die Absicht, gerade nur dasjenige Bedürfnis oder Gelüste zu befriedigen, welches die Tat hervorgerufen hat. Die Anwendung des § 370 Nr. 5 StGB. ist daher ausgeschlossen, wenn der Täter mit der Absicht gehandelt hat, Nahrungs- und Genußmittel zur Befriedigung eines etwaigen künftigen Bedürfnisses zu entwenden und als Vorrat für sich aufzubewahren. **8** 135.[3])

Liegen alle tatsächlichen Voraussetzungen des versuchten schweren Diebstahls vor, so ist das Gericht zur Prüfung der Frage, ob mit Ausschluß des Tatbestandes des Diebstahls das den Mundraub betreffende Spezialgesetz — § 370 Nr. 5 StGB. — anzuwenden sei, nur dann verpflichtet, wenn die mündliche Verhandlung hierzu einen Anlaß bietet. **4** 144.

§ 370 Nr. 5. Die gleichzeitige, ohne selbständige Zueignungsabsicht erfolgte Wegnahme des Gefäßes oder der Umhüllung von geringem Werte, in welchem sich das entwandte Nahrungs- oder Genußmittel befindet, schließt die Anwendbarkeit des § 370 Nr. 5 StGB. nicht aus.

Der Wert und die Menge der entwendeten Sachen muß objektiv und nicht nach Bedarf oder Zahl oder den Verhältnissen der Täter oder der an dem Verbrauche teilnehmenden Personen unbedeutend oder gering sein.

Für die Frage nach dem Vorhandensein der Absicht der Entwendung zum alsbaldigen Verbrauch ist lediglich die zur Zeit der Wegnahme bestehende Absicht des Täters entscheidend. Sofern das entwendete Nahrungs- oder Genußmittel nur objektiv noch innerhalb der Grenzen eines Gegenstandes von geringer Menge liegt, ist es gleichgültig, ob der Täter ein größeres Quantum wegnimmt, als zum alsbaldigen Verbrauch erforderlich ist, es sei denn, daß der Täter von vornherein bei der Wegnahme die Absicht hatte, das Nahrungs- oder Genußmittel teilweise zu einem späteren Genuß als Vorrat zu verwahren. **7** 234.

---

[1]) Siehe auch **9** 64.
[2]) In Uebereinstimmung mit RGSt. **4** 69.
[3]) Uebereinstimmend mit RGSt. **34** 448, **35** 44, **36** 123.
[4]) Siehe hierzu die Urteile bei v. Riedel — v. Sutner PStrGB. 7. Aufl. S. 782 Anm.; dann auch OLG. Dresden 27. 5. 4 Ann. **22** 449.
[5]) In Uebereinstimmung mit RGRspr. **4** 870, vgl. auch RGSt. **21** 15 u. **9** 189.

[1]) Vgl. auch RGSt. **34** 425.
[2]) Uebereinstimmend mit RGSt. **13** 371.
[3]) Uebereinstimmend mit RGSt. **10** 308, s. auch unten **7** 234.

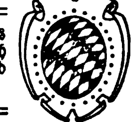
Eigentum von J. Schweitzer Verlag (Arthur Sellier) in München.
Druck von Dr. Franz Paul Datterer & Cie., G. m. b. H., Freising.

Nr. 20. München, den 15. Oktober 1907. 3. Jahrg.

Zeitschrift für Rechtspflege in Bayern

Herausgegeben von
Th. von der Pfordten
K. Landgerichtsrat, verw. im K. Bayer. Staatsministerium der Justiz.

Verlag von
J. Schweitzer Verlag
(Arthur Sellier)
in München, Lenbachplatz 1.



Die Zeitschrift erscheint am 1. und 15. jeden Monats im Umfange von mindestens 2 Bogen. Preis vierteljährlich Mk. 3.—. Bestellungen übernimmt jede Buchhandlung und Postanstalt (Postzeitungsliste für Bayern Nr. 974a).

Redaktion und Expedition: München, Lenbachplatz 1. Insertionsgebühr 30 Pfg. für die halbgespaltene Petitzeile oder deren Raum. Bei Wiederholungen Rabatt. Stellenanzeigen 20 Pfg. Beilagen nach Uebereinkunft.

Die Grundzüge der neuen Hausordnung für die bayerischen Strafanstalten.

Von **Richard Degen**, II. Staatsanwalt im Staatsministerium der Justiz.

Am 1. Oktober 1907 ist eine neue Hausordnung für die bayerischen Strafanstalten in Kraft getreten (GVBl. Nr. 55 S. 643). Bis dorthin galten für die Zuchthäuser und die Gefangenenanstalten die Hausordnungen vom 12. Juni 1862, für das Zellengefängnis Nürnberg die Hausordnung vom 21. Oktober 1869.

Diese Hausordnungen waren für ihre Zeit vortrefflich. Sie enthalten bereits die Ansätze für eine Ausgestaltung des Strafvollzugswesens im modernen Sinn. Seit ihrem Erlasse haben sich aber sowohl im positiven Rechte als in der Auffassung von dem Wesen und der Bedeutung des Strafvollzugs so einschneidende Wandelungen vollzogen, daß sie den Anforderungen einer vorgeschritteneren Gegenwart nicht mehr genügten.

Gerade dem Gebiete der Strafvollstreckung wendete sich in den letzten Jahrzehnten das Interesse weiterer Kreise in hohem Maße zu. Berufene und unberufene Hände waren geschäftig, den Schleier zu lüften, hinter dem sich in geheimnisvollem Dunkel das Leben der Gefangenen abspielte. Die Strafanstaltsbeamten selbst fühlten das Bedürfnis, durch den Austausch ihrer Erfahrungen auf regelmäßig wiederkehrenden Tagungen sich über die wichtigsten an sie herantretenden Fragen zu einigen und das Ergebnis ihrer Beratungen in einer Zeitschrift, den Blättern für Gefängniskunde, der Oeffentlichkeit zugänglich zu machen. Die Berichte ehemaliger Gefangener über ihre Erlebnisse in der Gefangenschaft führten zu leidenschaftlichen Erörterungen in der Presse, die zweifellos manche dankenswerte Anregung für den Praktiker boten. Die Gefängniskunde wurde Gegenstand wissenschaftlicher Behandlung. So wurde im Lauf der Jahre ein Schatz bewährter Erfahrungen gesammelt und ein System von Leitsätzen begründet, das die Grundlagen zu einer Umgestaltung des Strafvollstreckungswesens bilden konnte. Leider ist das längst als Bedürfnis empfundene Reichsgesetz über die Strafvollstreckung immer noch nicht zustande gekommen und wird wohl auch noch längere Zeit auf sich warten lassen; um aber eine wenigstens in den Grundzügen einheitliche Art des Strafvollzugs in den deutschen Bundesstaaten herbeizuführen, einigte sich der Bundesrat durch Beschluß vom 28. Oktober 1897 über die Grundsätze, die bei dem Vollzug gerichtlich erkannter Freiheitsstrafen bis zu weiterer gemeinsamer Regelung in Anwendung zu kommen haben. Diese Grundsätze des Bundesrats wurden auch in der neuen Hausordnung für die bayerischen Strafanstalten berücksichtigt. Bisher wurden sie nur insoweit angewendet, als sie den Gefangenen günstiger waren wie die Vorschriften der Hausordnungen.

Das Ergebnis all der theoretischen Erörterungen und der praktischen Erfahrungen auf dem Gebiete des Strafvollzugswesens läßt sich in dem Satze zusammenfassen: je gesünder und befähigter, aus eigener Kraft sich fortzuhelfen, ein Gefangener die Anstalt verläßt, desto geringer ist die Gefahr des Rückfalls. Längst war die Erkenntnis durchgedrungen, daß der Staat in seinem eigensten Interesse handle, wenn er sich auch dem Verbrecher gegenüber, dem er die Strafe zur Freiheit entzieht, gewisse Verpflichtungen auferlegt. Ein Gefangener, der, gebrochen durch die lange Haft, untüchtig zu ernster Arbeit, scheu und mißtrauisch, gemieden und verfehmt aus der Stille des Gefängnisses in das Getriebe der Welt zurückkehrte, war untauglich zum Kampfe um seine Existenz; er mußte wieder auf den Weg des Verbrechens getrieben werden. Hier galt es Wandel zu schaffen. Der Besserungszweck trat in den Vordergrund; mit allen Mitteln der Erziehung mußte versucht werden, bessernd und läuternd auf den Gefangenen zu wirken und ihn fähig zu machen, nach der Entlassung sein Fortkommen zu finden. Hand in Hand aber mit diesen Bestrebungen mußte die Fürsorge für die entlassenen Gefangenen gehen. Das Vorurteil, das in weiten Kreisen noch gegen den ehe-

maligen Sträfling herrscht, mußte bekämpft werden; kaum irgend jemand ist mehr auf die werktätige Liebe seiner Nebenmenschen angewiesen.

Diesen Leitsätzen hat die neue Hausordnung für die bayerischen Strafanstalten mit allem Nachdrucke zur Geltung verholfen. Aus ihrem Bestreben, soviel wie irgend möglich zur Erreichung dieses hohen Zieles beizutragen, ergeben sich die Grundsätze, die sie für die Behandlung der Gefangenen aufstellt. Die hauptsächlichste Aufgabe der Strafvollstreckung erblickt sie darin, den Gefangenen zu bessern. Allen Beamten und Bediensteten schärft sie nachdrücklichst ein, daß vor allem darnach getrachtet werden müsse, den Gefangenen wieder zu einem nützlichen Gliede der menschlichen Gesellschaft zu machen. Dieser Zweck kann nur erreicht werden, wenn bei der Behandlung der Gefangenen die weitgehendste Individualisierung eintritt. Hierüber trifft die Hausordnung eingehende neue Bestimmungen. Sie verpflichtet den Vorstand und die Beamten der Strafanstalt, die Persönlichkeit und die Individualität des Gefangenen zum Gegenstand ihrer unausgesetzten und genauesten Beobachtung zu machen und nach deren Ergebnis die Behandlung des Gefangenen einzurichten. Jede Schablone ist streng verpönt. Innerhalb der durch die Hausordnung gezogenen Grenzen soll die Nahrung und Kleidung, die Zuteilung seiner Arbeit, die Wahl der Strafen und der Aufmunterungen, die Zuweisung von Vergünstigungen dem Wesen des Gefangenen, seinen Gesundheitsverhältnissen, seinem Bildungsgrade und seinen Kenntnissen, seiner Führung in der Anstalt angepaßt sein. Schlechte Erfahrungen dürfen nicht abschrecken; immer wieder muß versucht werden, auch den gleichgültigen und widerspenstigen Gefangenen durch Güte und Wohlwollen auf bessere Wege zu leiten. Zur individualisierenden Behandlung gehört auch, daß die besserungsfähigen Gefangenen von den schlimmeren Elementen möglichst abgesondert werden. Grundsatz ist, daß jugendliche Gefangene von den erwachsenen derart getrennt gehalten werden müssen, daß jeder Verkehr mit diesen ausgeschlossen ist. Durch die Einzelhaft, d. i. die vollständige Absonderung von anderen Gefangenen auch bei der Arbeit, in der Kirche, im Unterrichte, bei der Bewegung im Freien, werden die erzieherischen Einwirkungen auf den Gefangenen wesentlich unterstützt; die Hausordnung schreibt deshalb vor, daß die Einzelhaft vorzugsweise bei solchen Gefangenen angewendet werden soll, die mit Rücksicht auf ihr Lebensalter oder ihr Vorleben die meiste Aussicht auf Besserung bieten.

Dem Besserungszwecke dienen auch die Seelsorge, der Unterricht, die Arbeit in der Anstalt. In der Erfüllung seiner religiösen Pflichten ist der Gefangene unbeschränkt. Soweit er nicht schon vollständige Schulkenntnisse besitzt und sich noch in einem bildungsfähigen Alter befindet, werden ihm durch den Schulunterricht diejenigen gemeinnützigen Kenntnisse vermittelt, die er zu seinem späteren Fortkommen braucht. Durch die Lektüre passender Bücher und Schriften kann er seine Kenntnisse vertiefen und sich weiterbilden. Haben Gefangene vermöge ihres Berufes ein besonderes Interesse daran, nicht außer Berührung mit der Außenwelt zu kommen, so kann ihnen sogar das Lesen einer Tageszeitung oder einer Zeitschrift gestattet werden.

Die Arbeit, die den Gefangenen vom Vorstande zugewiesen wird, soll so beschaffen sein, daß sie ihrem späteren Fortkommen förderlich ist. Ausdrücklich wird hervorgehoben, daß die Gefangenen insbesondere zu land- und forstwirtschaftlichen und zu Kulturarbeiten für Behörden und Privatpersonen verwendet werden sollen. Als besondere Vergünstigung kann Gefangenen, die noch keine Zuchthausstrafe verbüßt haben, mit Genehmigung der Aufsichtsbehörde die Selbstbeschäftigung gestattet werden. Das Pensum, das genau festgesetzte Arbeitsmaß, das in den alten Hausordnungen die Regel war, ist in der neuen Hausordnung die Ausnahme. Nur wenn die Art der Beschäftigung es erfordert, insbesondere also bei Arbeiten mechanischer Natur, wird den Gefangenen ein tägliches Arbeitsmaß zugewiesen. Abweichend von den alten Hausordnungen sind auch die Vorschriften über den Arbeitsverdienst geregelt. Bisher wurde den Gefangenen ein Teil des Ertrags ihrer Arbeit als Arbeitsverdienst bewilligt. Dieser Arbeitsverdienst bildete ihr sog. Depositum. Es zerfiel je zur Hälfte in den sog. Verwendungsfond, über den der Gefangene zu allerlei kleinen Anschaffungen verfügen konnte, und in den Stockfond, der zur Erleichterung des redlichen Fortkommens der Gefangenen nach der Entlassung bestimmt war und während der Dauer der Haft nicht angegriffen werden konnte. Der Unterschied zwischen Verwendungs- und Stockfond ist mit der neuen Hausordnung verschwunden; dadurch wird eine erhebliche Vereinfachung des Rechnungswesens bei den Strafanstalten herbeigeführt. Die Arbeitsbelohnung, die für Zuchthaussträflinge nicht mehr wie zwanzig, für Gefängnissträflinge nicht mehr als dreißig Pfennige beträgt, wird dem Gefangenen gutgeschrieben. Ein Rechtsanspruch auf ihre Herausgabe steht ihm nicht zu; sie ist deshalb auch der Pfändung entzogen. Der Gefangene darf auf Rechnung der Gutschrift mit Einwilligung des Vorstandes kleine Ausgaben für Papier, Zusatznahrungsmittel, Porto u. dgl. machen; der Vorstand muß bei diesen Bewilligungen aber immer im Auge behalten, daß der Rest der gutgeschriebenen Arbeitsbelohnung seinem Zwecke, das Fortkommen des Gefangenen nach der Entlassung zu erleichtern, noch zu dienen vermag. Neu ist auch die Vorschrift, daß im Falle des Ablebens eines Gefangenen während der Haft der gutgeschriebene Betrag ganz oder teilweise an unter-

stützungsbedürftige Angehörige hinausgegeben werden darf.

Hinsichtlich der Strafen ist erwähnenswert, daß körperliche Züchtigung, wie bisher schon, in allen Strafanstalten unbedingt ausgeschlossen ist. Die Hausordnung geht hier weiter als die Grundsätze des Bundesrats, die zulassen, daß jugendlichen Gefangenen gegenüber die in den Schulen gegen Personen ihres Alters und Geschlechts zulässigen Zuchtmittel zur Anwendung kommen. Der Anschluß an die Wand, der nach der alten Hausordnung mit dem Dunkelarreste verbunden werden konnte, darf jetzt als Disziplinarmittel nicht mehr angewendet werden. Er ist nur noch als Sicherungsmaßregel und nur gegen Gefangene zulässig, die so gewalttätig auftreten, daß alle anderen Mittel versagen. Auch die Anlegung von Fesseln, die nach der alten Hausordnung bis zur Dauer von drei Monaten zulässig war, ist jetzt nur noch bis zur Dauer von 4 Wochen und nur dann zulässig, wenn sich der Gefangene eine schwere Widersetzlichkeit oder eine gefährliche Tätlichkeit hat zu schulden kommen lassen; gegen Jugendliche ist sie überhaupt ausgeschlossen.

Besondere Bedeutung kommt den Vorschriften der neuen Hausordnung über die Entlassung der Gefangenen zu. Hier ist ein eifriges Zusammenwirken mit den Obsorgevereinen Pflicht der Anstaltsvorstände. Der Gefangene muß mit Geld und anständiger Kleidung versehen werden. Die polizeilichen Maßregeln gegenüber dem entlassenen Gefangenen sollen möglichst beschränkt werden. Wenn nicht Maßregeln der Zwangserziehung, der Unterbringung in einem Arbeitshause, der Stellung unter Polizeiaufsicht, der Reichs- und Landesverweisung in Betracht kommen oder wenn nicht, wie bei gefährlichen Verbrechern, aus Gründen der öffentlichen Sicherheit die Heimlieferung auf dem Schubwege oder die Erteilung eines Zwangspasses notwendig werden, bleibt es der freien Bestimmung des Gefangenen überlassen, wie und wo er nach der Entlassung sein weiteres Fortkommen finden will. Eine Benachrichtigung der Distriktsverwaltungsbehörde oder der Heimatgemeinde findet in diesem Falle nicht statt. Um die Fürsorge für entlassene Gefangene einheitlich zu regeln und die Vereine zur Obsorge für entlassene Sträflinge in ihren so segensreichen Bestrebungen zu unterstützen, beabsichtigt die Justizverwaltung eine staatliche Vermittlungsstelle zur Obsorge für entlassene Gefangene zu errichten; die Mittel hierzu werden im Budget für die 29. Finanzperiode gefordert.

Für die Geltendmachung ihrer Rechte sind den Gefangenen keinerlei Schranken gezogen. Eingaben an die Gerichte, die Staatsanwaltschaft, die Aufsichtsbehörde oder andere Behörden dürfen nicht zurückgehalten werden. Die Hausordnung geht auch hier weiter als die Grundsätze des Bundesrats, die bestimmen, daß Eingaben an andere Behörden als die Gerichte, die Staatsanwaltschaft und die Aufsichtsbehörden zurückgehalten werden dürfen, wenn sie beleidigenden oder sonst strafbaren Inhalts sind.

Daß der Gesundheitspflege der Gefangenen alle nur erdenkliche Sorgfalt zugewendet wird, ist selbstverständlich.

Die neue Hausordnung stellt an die Berufsfreudigkeit, die Menschenkenntnis und die Selbstverleugnung der Strafanstaltsbeamten hohe Anforderungen. Enttäuschungen und bittere Erfahrungen werden ebensowenig ausbleiben wie bisher; denn aller Humanität und allen Besserungsbestrebungen wird es nicht gelingen, den Verbrecher aus der Welt zu schaffen. Großes ist aber schon geleistet, wenn die Bestimmungen der neuen Hausordnung wenigstens zu einer Annäherung an das ideale Ziel beitragen, das allen vorschwebt, denen die Fürsorge für die Gefangenen am Herzen liegt, das Ziel nämlich, die Entziehung der Freiheit zu einer Erziehung zur Freiheit zu gestalten.

Das vorzeitige Kündigungsrecht der Militärpersonen, Beamten, Geistlichen und Lehrer an öffentlichen Unterrichtsanstalten nach § 570 BGB.

Von **W. Hagen**, Landgerichtsrat in Frankenthal.

(Schluß.)

II.

Voraussetzungen des Kündigungsrechtes nach § 570.

A. Die Versetzung:

Das Gesetz gewährt das vorzeitige Kündigungsrecht „im Falle der Versetzung". Als Versetzung hat zu gelten ein endgültiges oder doch auf ungewöhnlich lange Zeit erfolgendes Aufgeben des Wohnortes (tatsächlichen Aufenthaltsortes) infolge einer Amtsveränderung. Ausschlaggebend ist nicht der Wechsel des Wohnsitzes, auch nicht der Wechsel des Amtsitzes, denn es ist denkbar, daß man, ohne einen neuen Wohn- oder Amtssitz zu begründen, die alten Verhältnisse völlig abbricht, also keinen Wohn- oder Amtssitz hat und doch anderen Ortes im Dienstverhältnis bleibt, z. B. bei Ausführung wissenschaftlicher oder kriegerischer Expeditionen von unabsehbarer Dauer in unbekannte Meere oder Länder. Wohnsitz oder Amtssitz sind daher für die Anwendung des § 570 nicht maßgebend, sondern der wohl davon zu unterscheidende Wohnort, der tatsächliche Aufenthaltsort des Mieters (OLGRspr. [Stettin] 11, 315).

Ferner ist die Versetzung nicht im engen wortwörtlichen, sondern im weiteren Sinne zu verstehen. Das durch den § 570 geschaffene Rechtsprivileg des Beamtenstandes muß überall Platz greifen,

wo die Nötigung zur Veränderung des Wohnsitzes (richtiger Wohnortes) durch die Verhältnisse des Amtes gegeben ist, gleichviel von wem oder auf welchem Wege die Berufung zum neuen Amt bewirkt wird, ob sie von einer vorgesetzten Behörde kraft ihres freien Versetzungsrechtes verfügt wird, oder ob in dem einzelnen Falle eine Bewerbung vorausgegangen ist (OLGRspr. [Dresden] 11, 318, 319). Daraus folgt, daß es gleichgültig ist, ob die Versetzung von Amts wegen oder auf Wunsch und Antrag des Versetzten erfolgt ist (vgl. RGZ. 21, 283, ergangen zum Pr. ALR., an das sich aber § 570 anlehnt, weshalb diese Entscheidung noch zutrifft; Staudinger § 570 Anm. II 2 a Abs. 2; Brückner 134 Anm. 3; Niendorff 302; Kohler II 271; Dernburg II 2, 183). Ja sogar bei Strafversetzung greift § 570 Platz (Staudinger a. a. O. Abs. 3; Niendorff 302; Kohler a. a. O.).

Auch die Veränderung des Dienstherrn ist gleichgültig. § 570 greift deshalb auch dann Platz, wenn ein Beamter aus dem Landesdienst in den Reichsdienst, vom Staatsdienst in Gemeindedienst, vom Militärdienst in den Zivilstaatsdienst und umgekehrt tritt. (Niendorff 302; Kohler a. a. O; Crome II, 583; Dernburg a. a. O. Anm. 9; OLGRspr. [Dresden] 11, 316; [Stettin] 11, 316). So teilweise auch Staudinger § 570 Anm. V 2 a Abs. 5, der jedoch bei Uebertritt eines Richterbeamten in einen Gemeindedienst den § 570 nicht gelten lassen will. Gleicher Ansicht auch Kohler a. a. O., der auch noch die etwas weitgehende Ansicht vertritt, daß das Privileg des § 570 auch zustehe bei Uebertritt in den Privatdienst. Allein dem widerspricht, daß bei Uebertritt in den Privatdienst die Beamteneigenschaft eben mit der Aufgabe des Amtes wegfällt (wie bei der Pensionierung, Entlassung u. dgl.) und daher auch für das Privileg des § 570 kein Platz mehr ist. — Nicht als Versetzung kann in Betracht kommen die Pensionierung, die Strafentlassung (nicht zu verwechseln mit der Strafversetzung), der Verzicht auf ein Amt — wozu auch der Uebertritt in den Privatdienst gehört. Denn die Hauptvoraussetzung des § 570, daß der Beamte gezwungen ist, einen anderen Wohnort zu wählen, fällt bei diesen Fällen weg. Es ist nicht ersichtlich, weshalb nicht ein Beamter, der in Pension gegangen ist, noch an dem bisherigen Wohnorte solange bleiben kann, bis sein Mietvertrag unter Einhaltung der vertragsmäßigen Kündigungsfrist sein Ende erreicht. Dasselbe trifft bei dem Beamten zu, der verzichtet hat oder zur Strafe entlassen ist. Abgesehen von dem Mangel dieses Erfordernisses fehlt es in diesen Fällen aber auch an der Beamteneigenschaft. Denn mit dem Eintritt der Pension usw. ist der Beamte nicht mehr Beamter im Sinne des § 570, er ist Beamter ohne Amt. Dasselbe gilt von dem Uebertritt in den Privatdienst, dem ja praktisch ein Verzicht auf das Amt vorausgehen muß. Das Gesagte wird um so mehr gelten müssen, als jede analoge oder rechtsähnliche Anwendung des § 570 mit Rücksicht auf dessen rechtliche Natur — er enthält ein Privileg — ausgeschlossen ist. Es kann deshalb auch die Ansicht Kohlers (a. a. O. II, 271) nicht gebilligt werden, wenn er aufstellt, daß § 570 für den Fall des Ruhestandes dann Anwendung finden solle, wenn der Wegzug in einem solchen Falle gewöhnlich und üblich ist. Denn ein solcher Wegzug ist doch in keinem Falle geboten; ob der Beamte, der bisher vielleicht in einem kleinen Orte war, nun als Pensionist etwas früher oder später in eine Großstadt kommt u. dgl., ist jedenfalls nicht von so weittragender Bedeutung, daß sich der Vermieter deshalb eine vertragswidrige Kündigung gefallen lassen müßte, ohne daß auch nur ein Billigkeitsgrund für die Anwendung des § 570 spräche.

Es ergibt sich denn auch aus den Kommissionsberatungen (s. oben), daß man gerade auf solche Fälle den § 570 nicht ausdehnen wollte. Gleicher Ans. auch Niendorff 303; Staudinger § 570 Anm. II 2 d; Fischer-Henle § 570 Anm. 2; OLGRspr. (Stettin) 11, 316; Crome II 583, der zutreffend ausführt, der Berufswechsel (Uebergang von einem Amte in ein anderes) sei eine Versetzung in höherer Potenz, der Amtsverlust dagegen sei eine solche in keinem Sinne. Im ersteren Falle müsse der Beamte umziehen, im letzteren brauche er nicht umzuziehen. A. M. dagegen Dernburg II 2 S. 183 V.

Endlich kann als Versetzung nicht erachtet werden, wenn ein Beamter nur vorübergehend zur Aushilfe an einen anderen Ort berufen wird und er nach Erledigung seiner Aushilfstätigkeit wieder an seinen Wohnort zurückkehrt (Niendorff 302; Staudinger § 570 Anm. II 2 a Abs. 7). Dies muß sogar dann gelten, wenn der Beamte vorerst nur vorübergehend zur Aushilfe abberufen wurde und nach einiger Zeit bestimmt wird, daß er nunmehr dauernd an diesem anderen Orte zu wirken habe. (Vgl. hierzu auch OLGRspr. [Stettin] 11, 315 a. E.). Würde z. B. der Gymnasiallehrer X. in A. zur Aushilfe nach B. am 1. März berufen, so könnte er deswegen nicht vorzeitig kündigen, wenn er vertragsmäßig eine längere Kündigungsfrist einzuhalten hätte. Würde er trotzdem das Mietverhältnis zum 1. Juli gekündigt haben, so wäre die Kündigung unzulässig, auch wenn hinterher, z. B. am 1. Mai, seine endgültige Versetzung verfügt wurde. Anders dagegen, wenn die endgültige Versetzung vor dem Ablaufe des 3. April erfolgen würde. Dann könnte er auf Grund der endgültigen Versetzung zum 1. Juli kündigen; er müßte aber eine neuerliche Kündigung betätigen, denn die erste Kündigung als solche war unwirksam; sie wird auch nicht etwa wirksam durch den nachfolgenden vorzeitigen Kündigungsgrund der endgültigen Versetzung;

denn die endgültige Versetzung ist Voraussetzung für das vorzeitige Kündigungsrecht nach § 570; nur der gewisse äußere Umstand der erfolgten Versetzung allein kann dem Mieter das Sonderrecht des § 570 geben und den Vermieter zwingen, die an sich vertragswidrige Kündigung gegen sich gelten zu lassen. (OLGRspr. [Königsberg] 7, 465; vgl. auch unten C).

B. Die Versetzung muß an einen anderen Ort erfolgen.

Wie schon hervorgehoben, ist maßgebend nicht der Wohnsitz oder Amtssitz, sondern der Wohnort, d. h. der tatsächliche Aufenthaltsort. Der Beamte muß also infolge der Versetzung als Wohnort einen anderen Ort angewiesen erhalten, als denjenigen, an welchem er bisher seinen Wohnort hatte. Ein Wechsel im Wohnorte liegt nur vor, wenn die beiden Orte zu verschiedenen Gemeindebezirken gehören; ein Wechsel des Wohnortes liegt also nicht vor, wenn z. B. ein Amtsrichter am Amtsgerichte X. II zum Rate am Landgerichte X. I befördert wird und das Amtsgericht in einem der Stadt X. einverleibten Vororte liegt. Von Belang ist dies insbesondere bei größeren Städten, denen kleinere Vororte einverleibt sind, z. B. der Vorort A. mit selbständiger Bahnstation ist der Stadt B. eingemeindet worden. Wenn nun ein Bahnbeamter der Bahnstation A. nach B. versetzt wird, so steht ihm § 570 nicht zur Seite, denn es liegt keine Versetzung nach einem anderen Ort vor. Die Frage, wie es zu halten ist, wenn der Vorort A. zur Zeit des Abschlusses des Mietvertrages noch ein selbständiger Gemeindebezirk war, dann aber während des Laufes der Miete der Stadt B. einverleibt wurde und nunmehr nach diesem Zeitpunkte der Bahnbeamte von Bahnstation A. zur Bahnstation B. versetzt wird, dürfte dahin zu beantworten sein, daß mit dem Augenblick, in welchem die Eingemeindung rechtswirksam geworden ist, die vorzeitige Kündigung nach § 570 entfällt, weil eben eine notwendige Voraussetzung des § 570 weggefallen ist. Zu beachten ist auch der Fall, wenn ein Beamter versetzt wird, der z. B. in einer großen Stadt angestellt ist, aber mit Erlaubnis seiner vorgesetzten Dienstbehörde in einem Vororte außerhalb des Gemeindebezirkes dieser Stadt wohnt, sodaß also sein Amtssitz und sein Wohnort nicht zusammenfällt. Wird dieser Beamter von dieser Stadt weg an einen dritten Ort versetzt, so kann er zweifellos vorzeitig kündigen. Würde er dagegen von dieser Stadt in den Vorort versetzt, wo er wohnt, so könnte er trotz des Wechsels des Amtssitzes nicht vorzeitig kündigen, weil ein Wechsel des Wohnortes (s. oben) nicht Platz greift. Wie ist es aber zu halten, wenn er in der Stadt versetzt oder befördert wird, wo er seinen bisherigen Amtssitz hatte?

Meines Erachtens ist dann zu unterscheiden: Will er in diesem Falle nur zu seinem Vergnügen in die Stadt hineinziehen, etwa, weil er sich jetzt infolge der Beförderung eine luxuriösere Wohnung leisten kann, so steht ihm der § 570 nicht zur Seite, denn die Nötigung zur Veränderung des Wohnortes ist dann nicht durch die Verhältnisse des Amtes gegeben, sodaß auch für das Privileg des § 570 kein Raum ist (vgl. hierzu OLGRspr. [Dresden] 11, 318 unten); muß er dagegen nunmehr mit Rücksicht auf das neue Amt, das ein Wohnen im Vorort nicht mehr zuläßt, in die Stadt ziehen, so kann er gemäß § 570 vorzeitig kündigen, denn maßgebend ist nicht der Amtssitz, sondern der Wohnort (s. oben II A, OLGRspr. [Stettin] 11, 315).

Hinsichtlich der Dienstwohnungen kommt folgendes in Betracht. Wenn ein Beamter an einem Orte wohnt und am gleichen Orte befördert wird, oder am gleichen Orte zu einem anderen Amte versetzt wird und er nunmehr in seiner neuen Dienststellung eine Dienstwohnung nicht bloß beziehen kann, sondern sogar infolge der dienstlichen Verhältnisse beziehen muß, so kann er trotzdem nicht vorzeitig kündigen. Zwar vertritt Kohler II, 271 die Anschauung, daß hier der § 570 „rechtsähnlich" anwendbar sei. Dieser Ansicht muß jedoch entgegengehalten werden, daß das Recht des § 570 ein Privileg ist, weshalb seine analoge oder rechtsähnliche Anwendung ausgeschlossen ist. Anders liegt dagegen der Fall mit der Dienstwohnung, wenn der Beamte, wie im obenstehenden Beispiele, seinen Wohnort außerhalb seines Amtssitzes hat. Hier ist meines Erachtens ähnlich zu unterscheiden, wie oben. Erfolgt die Versetzung am Orte des Amtssitzes und kann der Beamte nunmehr an diesem Orte eine Dienstwohnung erhalten, ohne daß jedoch für ihn irgendwelcher Zwang zum Bezuge der Dienstwohnung besteht, so greift § 570 nicht Platz, denn es ist dann keinerlei Nötigung zur Veränderung des Wohnortes durch die Verhältnisse des Amtes gegeben; der Beamte kann an seinem bisherigen Wohnorte wohnen bleiben. Muß er dagegen die Dienstwohnung aus dienstlichen Gründen beziehen, so kann er vorzeitig kündigen, denn auch hier liegt dann eine Nötigung zum Wechsel des Wohnortes vor, wobei der Wechsel geboten ist durch die Verhältnisse des Amtes. Das gleiche hat zu gelten, wenn der Beamte in seiner neuen Dienstesstelle eine Dienstwohnung beziehen kann (ohne daß jedoch ein Zwang hierzu besteht), er aber nun mit Rücksicht auf das neue Amt den Wohnort in dem Vororte nicht mehr beibehalten kann, sondern seinen Wohnort an den Amtssitz verlegen muß. Denn auch in diesem Falle ist er durch die Verhältnisse des Amtes genötigt, den Wohnort zu wechseln. Selbstverständlich steht dann nichts im Wege, daß er die Dienstwohnung bezieht. Gleichgültig ist, ob der andere Ort, an den der Beamte versetzt wird, im Auslande oder Inlande

liegt. Eine Abkommandierung zum Dienste auf Kriegsschiffen im Auslande kann dagegen in der Regel nicht hier in Betracht kommen, denn damit ist keine Versetzung verbunden. (Niendorff 304, Staudinger § 570 Anm. II 2 b). Ob eine Mobilmachung unter § 570 fällt, kommt auf den einzelnen Fall an, je nachdem durch sie für den Einzelnen eine Versetzung im Sinne des genannten Paragraphen in Betracht kommt. Die absolute Vorschrift des § 378 ALR. I, 21 zugunsten der Militärpersonen für den Fall der Mobilmachung hat das BGB. nicht aufgenommen.

C. Im Falle der Versetzung steht das vorzeitige Kündigungsrecht zu.

§ 570 gewährt die vorzeitige Kündigung „im Falle" der Versetzung. In welchem Zeitpunkte diese Voraussetzung gegeben ist, ist bestritten. Soviel steht fest und ist unbestritten, daß die Anfrage der Behörde, ob ein Beamter eine andere Stellung annehmen wolle, noch nicht genügt, die vorzeitige Kündigung zu rechtfertigen. (Vgl. auch OLGRspr. [Königsberg] 7, 465). Die vorzeitige Kündigung ist auch dann nicht statthaft, wenn die Versetzung erst bevorsteht, aber dem Eintritte und Zeitpunkte nach ungewiß ist (OLG. Naumburg in Recht 1902 S. 349 Nr. 1678).

Eine andere Frage dagegen ist die, ob die Kündigung nach § 570 erst erfolgen darf, wenn die Versetzung eingetreten und in Kraft getreten ist, oder schon dann, wenn sie „bekannt" gemacht worden ist.

a) Nach der einen Meinung ist die vorzeitige Kündigung dann zulässig, wenn die zuständige Behörde die Versetzung angeordnet und dem Beamten amtlich (mündlich oder schriftlich) mitgeteilt hat. (So Niendorff 303; Crome II, 583, der eine private Kenntnis als nicht in Betracht kommend bezeichnet; Staudinger § 570 Anm. II 2 c; OLGRspr. [Königsberg] 7, 465). Weitergehend Kraus in BayZfR. 1905, 103, der jede frühere Kenntnis des Beamten für genügend hält, eine Verpflichtung zur Kündigung aber erst aufstellt, wenn dem Beamten die Versetzung amtlich bekannt sei.

b) Die andere Meinung steht auf folgendem Standpunkte: Die Versetzung ist das das vorzeitige Kündigungsrecht begründende Ereignis und muß daher eingetreten sein, wenn die Kündigung statthaft sein soll. Wenn also die Wirksamkeit der Versetzung nach einem gesetzlichen Kündigungstermine fällt, so kann erst vom nächsten gesetzlichen Kündigungstermin an gekündigt werden, z. B. der Beamte erfährt im März amtlich, daß er ab 1. Mai die neue Stelle anzutreten habe, so kann er nach dieser Meinung nicht zum 1. Juli, sondern erst zum 1. Oktober kündigen, während er nach der Meinung unter a schon für 1. Juli kündigen könnte. (OLGRspr. [Stettin] 11, 316, Keyßner in Recht 1903 S. 225 Note 2).

Ich möchte der Meinung unter a den Vorzug geben, denn einmal entspricht sie zweifellos mehr der Absicht des Gesetzes, dem Beamten im Falle der Versetzung nicht zuzumuten, auf längere Zeit zwei Wohnungen bezahlen zu müssen, von denen er die eine in keiner Weise mehr benützen kann. Dazu kommt, daß für eine große Anzahl von Fällen der § 570 tatsächlich illusorisch würde. Denn man kann wohl als den häufigsten Fall für die Anwendung des § 570 den annehmen, daß zwischen den Parteien „halbjährige" Kündigung vereinbart ist. Die Fälle einer vereinbarten ganzjährigen oder einer noch längeren Kündigungsfrist sind wohl die selteneren. Will man nun als Zeitpunkt der vorzeitigen Kündigung nicht die amtliche Kenntnis von der Versetzung gelten lassen, so ist für alle Fälle, in denen die Kenntnis vor einen gesetzlichen Kündigungstermin, die Wirksamkeit der Versetzung aber erst nach diesem Termin fällt, das vorzeitige Kündigungsrecht praktisch illusorisch (soferne halbjährige Kündigung vereinbart ist, was, wie erwähnt, die Regel bildet). Denn, wenn im obigen Beispiele der Beamte im März von der Versetzung erfährt, die Versetzung aber erst am 1. Mai wirksam wird, und er könnte nun deshalb erst zum 1. Oktober vorzeitig kündigen, dann braucht er das Privileg des § 570 ja gar nicht; denn im März zum 1. Oktober kündigen kann er ja auch auf Grund seines vertragsmäßigen halbjährigen Kündigungsrechtes.

Abgesehen hiervon spricht aber für die Meinung unter a auch der Wortlaut des Gesetzes. Es heißt nämlich nicht, daß die vorzeitige Kündigung erst nach erfolgter Versetzung, sondern „im Falle" der Versetzung zulässig sein solle. Auch das OLG. Königsberg steht anscheinend auf diesem Standpunkte (s. das oben zitierte Urteil), wenn es ausführt:

Den Rechtsgrund der darin (in § 570) zugelassenen Kündigung kann nach dem Wortlaute nur eine von der zuständigen Stelle ausgesprochene Versetzung abgeben; als der Beklagte kündigte, war aber eine Versetzungsanordnung noch nicht erfolgt. Der Kündigung lag nicht die Anordnung der Versetzung zugrunde.

Nach diesem Wortlaute scheint das genannte Gericht zwar nicht die „Erwartung" der Versetzung, wohl aber die Anordnung der Versetzung für genügend zu halten, um das vorzeitige Kündigungsrecht zu begründen.

Die Kündigung kann nur erfolgen für den ersten Termin, für den sie zulässig ist. Wird sie für diesen Termin versäumt, so entfällt das Privileg des § 570 und der Mieter bleibt an seinen Mietvertrag gebunden.

Zu beachten ist noch der Fall, daß das Mietverhältnis, das aufgehoben werden soll, zur Zeit

des Kündigungstermins zwar vertraglich schon festgelegt ist, tatsächlich aber noch nicht zu laufen begonnen hat. In diesem Falle kann der versetzte Beamte das Mietverhältnis nicht auf Grund des § 570 aufheben; man wird jedoch in einem solchen Falle ein Kündigungsrecht mit Rücksicht auf die Versetzung für den ersten gesetzlichen Kündigungstermin einräumen müssen, nachdem der Mietvertrag seinen Anfang genommen hat, und zwar auch dann, wenn die Versetzung mehr als ein Kalendervierteljahr zurückliegen sollte, z. B. ein Beamter mietet an seinem Wohnorte eine neue Wohnung im März mit Mietbeginn am 1. Juli; am 1. April wird er versetzt; hier kann er zwar nicht auf 1. Juli, wohl aber auf 1. Oktober kündigen. (Vgl. Salinger in DJZ. 1904 S. 595, 596; Staudinger § 570 Anm. I Abs. 3; Niendorff 305).

Für diese Ansicht spricht insbesondere folgende Erwägung: Zweifellos gipfelt die Absicht des Gesetzgebers darin, einen Beamten im Falle der Versetzung von der Verpflichtung zu befreien, seine alte Wohnung noch längere Zeit fortzubezahlen. Um so weniger aber wird man dann annehmen können, daß es in seiner Absicht gelegen wäre, einen Beamten zu zwingen, längere Zeit nach Aufgabe seines bisherigen Wohnortes an diesem Orte ein Mietverhältnis erst neu zu beginnen und längere Zeit fortzusetzen.

D. Objekt der vorzeitigen Kündigung.

Zu diesem Punkte erklärt das Gesetz, daß das Mietverhältnis „in Ansehung der Räume“, welche die privilegierten Kategorien „für sich oder ihre Familie an dem bisherigen Garnison- oder Wohnorte gemietet haben“ gekündigt werden könne. Der Entwurf (s. oben) hatte ursprünglich an Stelle des Ausdruckes „Räume“ vorgesehen: „in Ansehung einer Wohnung“. Aus der Kommissionsberatung ergibt sich dann aber, daß der Ausdruck „Wohnung“ als zu eng erachtet wurde. Es sollten nach der Ansicht der Kommission auch andere gemietete Räume unter § 570 fallen. Diese Ansicht der Kommission muß auch als Meinung des Reichstages erachtet werden, denn, wie schon erwähnt, hat sich im Reichstag ein Widerspruch gegen die Vorschrift des § 570 nicht erhoben, weshalb angenommen werden muß, daß der Reichstag auch die Gründe seiner Kommission gebilligt hat. Es gehören demnach zu den „Räumen“ nicht bloß die Wohnung, sondern auch Stallungen, Remisen, Bureaus, Laboratorien usw. Erforderlich ist aber, daß die Räume für den Mieter oder seine Familie — d. i. Ehefrau, Kinder und Eltern, nicht auch sonstige Verwandte — gemietet sind. Mietet dagegen z. B. ein Beamter an seinem Wohnorte für sonstige nahe Verwandte auf seine Kosten eine Wohnung, so trifft § 570 bei einer Versetzung des Beamten nicht zu. Auch Wohnräume außerhalb des Wohnortes des Beamten fallen nicht unter § 570. Wenn daher z. B. ein Beamter neben seiner Wohnung für seine Familie noch eine Sommerwohnung in einem Nachbarorte vom 1. März bis 1. Oktober gemietet hat, so kann er für diese Sommerwohnung nicht das Privileg des § 570 beanspruchen. Endlich sind ausgeschlossen von der vorzeitigen Kündigung die sämtlichen Pachtverträge. Hat der Beamte z. B. für sich und seine Familie an der Peripherie seines Wohnortes ein Sommergärtchen gepachtet, so kann er dieses bei Versetzung nicht vorzeitig kündigen. Anders dagegen, wenn am Miethause sich ein Garten befindet; ein solcher gilt in der Regel nicht als gepachtet, sondern als „mitgemietet“.

E. Unter Einhaltung der gesetzlichen Frist muß gekündigt werden.

Die gesetzliche Kündigungsfrist ist geregelt in § 565 BGB. Er bestimmt, daß bei Grundstücken die Kündigung nur für den Schluß eines Kalendervierteljahres zulässig ist; die Kündigung hat spätestens am dritten Werktage des Vierteljahres zu erfolgen. Ist der Mietzins nach Monaten bemessen, so ist die Kündigung nur für den Schluß eines Kalendermonates, ist er nach Wochen bemessen, so ist die Kündigung nur für den Schluß einer Kalenderwoche zulässig. Dazu bestimmt jedoch Abs. IV des § 565: Die Vorschriften des Abs. I Satz 1, Abs. II gelten auch für die Fälle, in denen das Mietverhältnis unter Einhaltung der gesetzlichen Frist vorzeitig gekündigt werden kann, d. h. also mit anderen Worten, die zum Schlusse eines Kalendervierteljahres zulässige gesetzliche Kündigungsfrist soll auch für die Fälle der vorzeitigen Kündigung Platz greifen, also nur die sog. vierteljährliche Kündigungsfrist (nach Kalendervierteljahren) ist maßgebend für den § 570. Ausgeschlossen dagegen sind als gesetzliche Kündigungsfristen für den § 570 die sog. monatliche und wöchentliche Kündigung, wenn eine vierteljährliche oder längere Kündigungsfrist vereinbart ist, auch dann, wenn der Mietzins monatlich oder wöchentlich zu entrichten ist, eben infolge der Bestimmung des Abs. IV des § 565.

Daraus ergibt sich, daß der § 570 nur dann praktisch werden kann, wenn eine längere Kündigungsfrist als die einvierteljährliche vereinbart ist, oder vertragsmäßig die einvierteljährliche Kündigung spätestens am ersten Tage eines Kalendervierteljahres erfolgen muß oder bei vereinbarter vierteljährlicher Kündigung nicht die ersten Monate der Kalendervierteljahre, sondern andere Termine bestimmt sind, z. B. 1. Februar, 1. Mai, 1. August und 1. November. Dies ist besonders wichtig für die Fälle, daß bei vierteljährlicher Kündigung die Bezahlung des Mietzinses nach Monaten oder Wochen vereinbart ist, wie es in größeren Städten bei kleineren Wohnungen häufig vorkommt. Wird in einem solchen Falle der Beamte versetzt, so

greift **als gesetzliche** Kündigungsfrist nicht etwa die monatliche oder wöchentliche, sondern die vierteljährliche (nach Kalendervierteljahren) Platz.

III.

Rechtliche Natur der Bestimmung des § 570.

Nach der herrschenden Meinung ist die Vorschrift des § 570 **dispositiver** Natur; es kann deshalb auf das Privileg verzichtet werden. Dies ist auch bei der Kommissionsberatung ausdrücklich betont worden. Dort war nämlich der Antrag gestellt (s. oben) als Abs. II beizufügen: Das Kündigungsrecht kann durch Vertrag nicht ausgeschlossen werden; dagegen wurde eingewendet, daß ein so weitgehender Eingriff in die allgemeinen Bestimmungen des Mietrechtes, wie ihn dieser Antrag vorschlage, durch öffentlichrechtliche Bedürfnisse nicht geboten sei.

A. M. dagegen Keyßner in Recht a. a. O., der geltend macht, das Privileg sei unverzichtbar, weil die in Frage stehende Vorschrift aus „dem öffentlichrechtlichen Bedürfnis“ geboten sei, wie es in der Kommissionsberatung auch zum Ausdruck gebracht worden sei.

IV.

Uebergangsrecht.

Die Vorschrift des § 570 findet Anwendung auch auf ein Mietverhältnis, das nach dem Inkrafttreten des BGB. nicht für den ersten zulässigen Termin gekündigt worden ist. Sie hat keinen den Vertragswillen ergänzenden Charakter, sondern schafft aus Rücksichten des öffentlichen Rechtes zur Wahrung möglichster Freiheit in der Versetzung eines Beamten einen zum Vertragsrechte hinzutretenden gesetzlichen Kündigungsgrund, der die Macht hat, bestehende Verträge mindestens dann zu durchbrechen, wenn der Vermieter nicht geradezu auf die Rechtswohltat des § 570 verzichtet hat. (OLG. Dresden in DJZ. 1903 S. 131 Nr. 3). A. M. Habicht (3) 264, der gestützt auf die herrschende Meinung, daß die Vorschrift nicht bloß nicht zwingender Natur ist, sondern daß auf das Privileg auch nach dem 1. Januar 1900 durch abweichende Vereinbarung verzichtet werden könne, den Schluß zieht, daß § 570 für ältere Mietverträge keine Geltung habe finden können (s. auch noch die bei Habicht a. a. O. Zitierten).

Anmerkung: In vorstehender Abhandlung ist vielfach der Kürze halber nur vom „Beamten“ gesprochen. Das Gesagte findet aber natürlich sinngemäß auch auf die anderen Kategorien des § 570 Anwendung.

Bayerische Verkehrsprozesse.[1])

Von Landgerichtsrat **Neumiller** in München.

Der 1. April 1907 bildet nicht nur innerhalb der Organisation des Bayerischen Verkehrswesens selbst einen Markstein dadurch, daß seitdem zwecks größerer Dezentralisierung die beiden Generaldirektionen der Staatseisenbahnen und der Posten und Telegraphen aufgehoben sind;[2]) die damit verbundenen Aenderungen üben vielmehr auch auf das Gebiet der Rechtspflege eine beträchtliche Rückwirkung aus. Die Brücke hierzu bildet § 18 ZPO., wonach der allgemeine Gerichtsstand des Fiskus durch den Sitz der Behörde bestimmt wird, die berufen ist, den Fiskus in dem Rechtsstreite zu vertreten. Bisher stand bekanntlich diese Vertretung den vorerwähnten beiden Generaldirektionen mit dem Sitze in München zu und demgemäß wurden so ziemlich sämtliche Verkehrsprozesse bei den Münchener Gerichten erster Instanz anhängig.[3]) Dies ist in Zukunft völlig anders. Die gesetzliche Vertretung verteilt sich nunmehr unter die fünf Eisenbahndirektionen in Augsburg, München, Nürnberg, Regensburg und Würzburg

---

[1]) **Spezialliteratur:** Die Kommentare von **Eger** zur Eisenbahnverkehrsordnung (2. Aufl. 1900), zum intern. Frachtübereinkommen (2. Aufl. 1902), zum Reichshaftpflichtgesetz (6. Aufl. 1906); **Rundnagel**, Die Haftung der Eisenbahn für Verlust rc. (1906); **Hammer**, Eisenbahnhaftung (Annalen des Deutschen Reichs 1906 S. 688 ff.); **Reindl**, Handausgabe des HaftpflG. (1901); **Derselbe**, VO. vom 26. Juni 1894 (1896, teilweise veraltet); **Derselbe**, Die Fürsorge für die bayer. Verkehrsbeamten (1893, durch die neueren VO. teilweise überholt); **Eger**, Eisenbahnr. Entscheidungen (bis jetzt 22 Bde.); **Gräf**, RG. betr. die Fürsorge für Beamte rc. (1886, teilweise veraltet; das Gesetz pflegt jetzt in den Kommentaren zu den UnfVersG. mit behandelt zu werden); — **Post: Dambach** (6. Aufl. 1901; mit Nachtrag von 1904). — Die reichsgerichtlichen Urteile zu den obigen Verkehrsnormen lassen sich in der JW. mittels des Sachregisters unschwer finden; die neueren Spruchsammlungen (z. B. **Warneyer**) bringen auch Urteile der Untergerichte für den Bereich des Verkehrsrechts. — In der Praxis sind die zahlreichen Aenderungen, Zusätze und Nachträge zur VerkO. und PostO., ferner die Betriebs- und SignalO., sowie die Dienstanweisungen und Tarife zu beachten (VerkMBl.)

[2]) K. VO. vom 18. Dezember 1906, GVBl. S. 871 („Verwaltungsordnung“); VerkMBek. vom 21. März 1907, GVBl. S. 109 („Zuständigkeitsordnung“); die Zitierung ersterer ist dadurch erschwert, daß die Paragraphenziffern nicht durchlaufen, sondern bei Abschnitt B wieder von vorne beginnen. Abschnitt A ist in folgendem als EVerwO., Abschnitt B als PostVerwO. bezeichnet; soweit sich der Inhalt deckt, ist die Bezeichnung „VerwO.“ allein gebraucht. — Das frühere Fiskalat der Verkehrsanstalten ist bereits durch die VO. vom 22. April 1905 (GVBl S. 317) aufgelöst; § 4 VerwO. würde übrigens auch jetzt noch jederzeit die Uebertragung sämtlicher Prozesse an eine einzige Direktion, z. B. München, ermöglichen.

[3]) Die reichsgerichtliche Billigung des Deliktsgerichtsstands für Klagen aus § 1 HaftpflG. (EZ. 60, 300) hatte sich bislang in der Praxis noch kaum fühlbar gemacht. — Enteignungsentschädigungen können nach wie vor nur ausschließlich im dinglichen Gerichtsstand aus-

bzw. die acht Oberpostdirektionen (an den vorgenannten Orten, ferner in Bamberg, Landshut und Speyer). Damit geht auch die örtliche Zuständigkeit auf die dortigen Gerichte über, soweit es sich um neuanfallende Prozesse handelt. Bereits anhängige Prozesse bleiben davon allerdings nach § 263 ZPO. unberührt; aber die gesetzliche Vertretung fällt auch in diesen Rechtsstreiten für deren weiteren Verlauf derjenigen Direktion zu, die von Anfang an hierfür zuständig gewesen wäre, wenn die jetzige Verwaltungsordnung schon bei Prozeßbeginn gegolten hätte[4]). — Angesichts dieser Neubefassung zahlreicher Gerichte und Anwälte mit eigenartigen und ungewohnten Prozessen mag ein kurzer Ueberblick über die vorzugsweise hierbei zu beachtenden Punkte des Verfahrens und des materiellen Rechts nicht unerwünscht sein.[5])

A. Verfahren.

1. **Rechtsweg und sachliche Zuständigkeit.** Da die staatlichen Verkehrsbetriebe an sich keine Ausübung öffentlicher Gewalt, sondern lediglich die amtliche Besorgung wirtschaftlicher Staatsaufgaben darstellen[6]), so kommt eine Vorentscheidung nach Art. 7 VGHG. und eine ausschließliche Zuständigkeit des Landgerichts nach Art. 26 AG. z. GVG. regelmäßig nicht in Frage. Die sachliche Zuständigkeit bemißt sich vielmehr nach dem Streitwerte[7]), wobei für Renten insbesondere § 9 ZPO., für die Gebührenberechnung aber daneben auch § 9a GKG. in Anwendung kommt[8]). Eine Ausnahme besteht nur für die sog. Haftentbindungsprozesse des Personals; diese gehören nach Art. 26 Nr. 1 AG. z. GVG. auch unter 300 Mk. zum Landgericht, weil das AusfG. eine Beschränkung auf Beamte zur Ausübung öffentliche Gewalt nicht ausspricht. Für Gehalts- und Pensionsansprüche des nichtpragmatischen Personals wird der Rechtsweg überhaupt für unzulässig erachtet[9]); ausgenommen sind nur die Unfallpensionsansprüche nach §§ 1 ff. der VO. vom 13. November 1902 und selbstverständlich die Schadensersatzrenten nach HaftpflG. und BGB., soweit auf die Beamten und Bediensteten überhaupt anwendbar. — Die Zuständigkeit der Kammern für Handelssachen kommt praktisch nicht in Frage, da Haftpflichtsachen als solche nicht unter § 101 GVG. fallen und Delikte jedenfalls keine Handelsgeschäfte sind; die Post untersteht ohnehin nicht dem Handelsrecht (§ 452 HGB.). Auch für Frachtklagen von Kaufleuten gegen den Fiskus pflegt die KfHS. selten angegangen zu werden. — Die Revision gehört meist zum RG.[10])

2. **Oertliche Zuständigkeit und gesetzliche Vertretung.** Beide Punkte stehen in einem inneren Zusammenhang, weil einerseits nach § 18 ZPO. der allgemeine Gerichtsstand des Fiskus (als Beklagten) sich nach dem Sitze der zur gesetzlichen Vertretung im künftigen Prozeß[11]) berufenen Behörde richtet, anderseits durch diesen allgemeinen Gerichtsstand weder die Spezialgerichtsstände noch die örtliche Prorogation ausgeschlossen werden. Demnach richtet sich praktisch gesprochen der allgemeine Gerichtsstand nach Administrativnormen, während bei den Spezialgerichtsständen die konkrete örtliche Zuständigkeit des gesetzlichen Vertreters sich mangels anderen Anhalts nach der ZPO. entscheidet. Soweit nur eine einzige Behörde für die gesetzliche Vertretung in Betracht kommt, bestehen hierbei keine Schwierigkeiten; dies

---

geklagt werden; die Parteirolle des Enteigneten ist dabei gleichgültig (Art. 21 Abs. 2 AG. z. ZPO.). — Für Immissionsklagen (Funkenflug, Lärm, Ruß) vgl. §§ 24, 26 ZPO., 906 BGB., 26 GewO., Art. 125 EG. z. BGB., 80 AG. z. BGB.; Recht 1902, 155; RGZ. 63, 376.

[4]) So die Auffassung der Eisenbahnbehörden, womit die Gerichtspraxis übereinstimmt. Ob nicht aus den Worten „innerhalb ihrer Bezirke“ die Folgerung möglich gewesen wäre, daß die gesetzliche Vertretung in laufenden Prozessen an die Direktion des Gerichtssitzes der jeweiligen (oder ersten?) Prozeßinstanz übergegangen war, mag hiernach auf sich beruhen. — Einer Erneuerung der Prozeßvollmacht bedarf es nach § 86 ZPO. nicht, wenn der gesetzliche Vertreter wechselt; wohl aber ist die Anzeige nach § 241 ZPO. an die Gegenpartei nötig, widrigenfalls die sonst nur ganz kurze Unterbrechung fortdauert, bis der Gegner selbst der betreffenden zuständigen Direktion von seiner Fortsetzungsabsicht Anzeige macht.

[5]) Die in größeren Städten häufigen Trambahnunfallprozesse unterscheiden sich trotz der gleichen Rechtsgrundlage praktisch durch viele Eigentümlichkeiten von den fiskalischen Verkehrsprozessen, insbesondere bei Anwendung des § 254 BGB.

[6]) RGZ. 40, 398; BGH. 24, 106 und 514. — Dagegen enthält die Erlassung der VerkehrsO., BetriebsO. ꝛc. ꝛc. durch den Bundesrat (das Verkehrsministerium) einen Akt öffentlicher Gewalt; anders bei bloßen Dienstesvorschriften (JW. 1903, 434). Wegen deren Eigenschaft als Schutzgesetze (§ 823 Abs. 2 BGB.) vgl JW. 1904, 408; wegen ausnahmsweiser Haftung trotz Beobachtung der BetriebsO.: EisenbE. 20, 356.

[7]) Ausdrückliche Prorogation ist insoweit nur beim Zusammenwirken der **beiden** in Betracht kommenden Direktionen möglich; davon ist wohl zu unterscheiden einerseits die stillschweigende Prorogation (die Klagezustellung an den ursprünglich zuständigen Vertreter voraussetzt) und andererseits die von der Gerichtszuständigkeit unabhängige Unterlassung der Rüge, daß die Klage nicht dem richtigen gesetzlichen Vertreter zugestellt worden sei. Bei Präklusivfristen (z. B. Enteignung, Fürsorgepension) ist letzterer Punkt von Amts wegen nachzuprüfen; vgl. jedoch R. S. 2, 78; RGZ. 53, 65.

[8]) Auf andere Renten, z. B. Unfallfürsorgepensionen, ist § 9a GKG. nicht ausdehnbar (vgl. JW. 1901, 724).

[9]) S. 9, 387; 14, 826; a. M. Becher, LZR. Bd. 1 S. 129 ff., vgl. insbesondere § 41 VO. vom 26. Juni 1894 (GVBl. S. 332). — Die Verkehrsverwaltung pflegte in den letzten Jahren die Entscheidung über die Zulässigkeit des Rechtswegs in diesem Punkte der Amtsprüfung ohne förmliche Einrede anheimzustellen. Soweit der Rechtsweg zulässig, ist das LG. ausschließlich zuständig.

[10]) Vgl. insbesondere §§ 13 BG. v. 12. Juni 1869 und 10 HaftpflG. — Ansprüche aus dem RPostG. oder der UnfallfürsorgeVO. als solcher (Streit, ob Normal- oder Unfallpension) gehören in letzter Instanz zum BayObLG.

[11]) In erster Instanz; die örtlichen Rechtsmittelinstanzen ergeben sich danach von selbst.

ist z. B. der Fall bei Frachtschäden (Reklamationsamt) und Frachterstattungen (Tarifamt) für die Eisenbahn-Direktion München und nach § 13 RPostG. für die Oberpostdirektion des Aufgabe- oder Abreiseorts. Im Bereich des Eisenbahnbetriebs dagegen fehlt eine Spezialnorm insbesondere für Haftpflichtansprüche; die örtliche Abgrenzung ist in der EVerwO. § 4 lediglich mit den Worten „innerhalb ihrer Bezirke", „innerhalb ihres Geschäftskreises" geschehen. Auch die ZustdkO. bedient sich der nämlichen Ausdrücke; nur im § 7 der letzteren findet sich eine örtliche Zuständigkeitsnorm für die geringfügigen Frachtreklamationsbefugnisse der Stationen („hinsichtlich der bei ihnen aufgegebenen oder in Empfang genommenen Sendungen"). Zweifelhaft bleiben hiernach gerade die wichtigsten Ansprüche.[12] Soferne das Verkehrsministerium nicht in diesem Punkt von seiner Befugnis zur genaueren Bezeichnung gesetzlicher Vertreter Gebrauch macht[13]), wird man sich mit der entsprechenden Anwendung der zivilprozessualen Normen über die Spezialgerichtsstände behelfen müssen, wie dies die Praxis seit Jahrzehnten bereits hinsichtlich der örtlichen Zuständigkeit der Regierungsfinanzkammern bei sonstigen Ansprüchen gegen den Fiskus getan hat[14]). Damit scheidet allerdings, genau betrachtet, der allgemeine Gerichtsstand überhaupt aus; denn ob man am Orte der Fahrkartenlösung oder dem Bestimmungsorte oder Unfallorte klagt, stets trifft hinsichtlich des Personentransportvertrags lediglich § 29 ZPO. zu und Aehnliches gilt beim Sachtransport. Haftpflicht- und Deliktsklagen aber werden nur bei dem Gerichte der Direktion des Unfallorts[15]), Pensions- und Haftentbindungsklagen bei dem Gericht der Direktion des letzten Dienstorts gestellt werden können[16]). Für die so häufige Kombination der Haftpflicht-, Delikts- und Transportvertragsklage bleibt sohin nur die Zuständigkeit des Unfallorts.

Auch bezüglich der sachlichen Verteilung der Zuständigkeit haben sich durch die zweifelhafte Fassung der ZustdkO. Schwierigkeiten ergeben. Dort wird nämlich nicht nur die Administrativzuständigkeit als solche im einzelnen geregelt, womit nach der langjährigen Rechtsprechung ohnehin die Befugnis zur gesetzlichen Vertretung im Prozesse wie außerhalb desselben verbunden gewesen wäre; es wird vielmehr (entsprechend der VerwO.) auch die gesetzliche Vertretung wiederum ausdrücklich erwähnt, gleichwohl aber dann nochmals in § 1 (Nr. 22) bestimmt, daß den Direktionen zukommt:

„Die Gewährung von Entschädigungen, die Führung von Rechtsstreiten und der Abschluß von Vergleichen, sofern der Betrag von 10 000 Mk. nicht überschritten wird"[17]).

Sucht man nach der Behörde, der diese Geschäfte „zukommen", wenn der Betrag von 10 000 Mk. überschritten wird, so findet man eine solche nicht; lediglich in § 1 Nr. 19 ist dem Staatsm. f. Verkehrsang. „vorbehalten":

„Die Genehmigung zur Gewährung von Entschädigungen, zur Führung von Rechtsstreiten und zum Abschluß von Vergleichen, sofern der Betrag von 10 000 Mk. überschritten wird".

Bei der Post- und Telegraphenverwaltung beträgt die Genehmigungssumme 2000 Mk. (§ 9 Nr. 15 ZustdkO.). — Es entsteht hier sofort die besonders für die Zustellungen an den Fiskus als Beklagten (und Drittschuldner) wichtige Frage, ob unter der Führung von Rechtsstreiten bloß Aktiv- oder auch Passivprozesse des Fiskus zu verstehen sind und weiter, ob hier ein förmlicher nach außen und von Amts wegen zu beachtender Streitkonsens statuiert ist oder die Genehmigung lediglich ein Verwaltungsinternum darstellt. Ersteres könnte den Zweck haben, den Fiskus ein- für allemal gegen Pflichtverletzungen der Direktionen bei so hohen Beträgen sicherzustellen; angesichts der Gestaltung des Versäumnisverfahrens nach der ZPO. müßte aber zur Erreichung dieses Zwecks dann unbedingt die Zustellung der Klage auch an das VerkM. gefordert werden, weil sonst durch Ausbleiben des gesetzlichen Vertreters der Direktion bei der Verhandlung die gleiche Wirkung wie durch positive Verfügungsakte entstände, während allerdings eine konsenslose Aktivklage der Direktion lediglich durch Prozeß- (nicht Sach-)urteil abgewiesen würde. Ein solcher Streitkonsens für Aktivklagen hätte ein Vorbild an § 612 ZPO., während die für wirkliche Streitkonsense zu Passivklagen gewöhnlich angeführten Fälle noch aus der Zeit des gemeinen Prozesses stammen, wo das Ausbleiben des Beklagten nicht als Geständnis, sondern als Bestreiten galt, sohin der Klagegrund gleichwohl bewiesen werden mußte[18]). Etwas ver-

[12]) Die Kollisionsnormen des § 74 EVerkO. und Art. 27 IFrUe. versagen innerhalb eines und desselben Bahngebiets; ihre Grundlage (Aufgabe-, Ankunfts-, Schadensort) läßt sich aber analog anwenden.

[13]) Vgl. Abschnitt C (Schlußbestimmungen) der VerwO. — Solche sind insbesonders für die Zustellung von Pfändungsbeschlüssen über rollendes Frachtgut nötig; vgl. JMBl. 1895 S. 113.

[14]) RegBl. 1840 S. 5 (PlErk. vom 19. Dezember 1839); S. v. E. 6, 488.

[15]) Dies ist auch z. B. wegen Erleichterung des Augenscheins durchaus praktisch.

[16]) Bei Haftentbindungen wird wohl die haftzuweisende Direktion trotz späterer Versetzung zuständig bleiben.

[17]) Unter den Rechtsstreiten sind solche aller Art (nicht bloß auf „Entschädigung"), unter den Vergleichen auch außergerichtliche zu verstehen. Bei diesen kommt es wohl lediglich auf die Vergleichssumme, nicht die Streitsumme als solche an. Die Zuständigkeit des StM. f. Verkehrsangelegenheiten in erster und zugleich letzter Instanz (vgl. § 1 ZustdkO.) gibt kaum zu Prozessen Anlaß. Die Aemter, Inspektionen und Stationen haben keine Prozeßvertretung, auch soweit ihnen die Entscheidung erster Instanz zusteht.

[18]) Eine Auslegung dahin, daß man den Fiskus ohne seine förmliche, praktisch ja nicht erzwingbare Einwilligung einfach gar nicht verklagen oder verurteilen

einfacht wurde diese Rechtslage inzwischen durch eine Entschließung des VerkM. vom 24. Mai 1907 (VerkMBl. Nr. 5), wonach sich die erwähnte Einschränkung der Prozeßführung bei Passivstreiten nur auf Anerkenntnisse, Verzichte und Vergleiche beziehen soll. Zufolge dieser authentischen Interpretation[19]) ist nunmehr zweifellos die Zustellung der Klage an die Direktion allein rechtswirksam; außerdem greift mindestens für Anerkenntnisse und Verzichte jetzt § 54 ZPO. ein, wonach das Vorliegen solcher Spezialermächtigung vom Gericht nicht nachzuprüfen ist[20]). Diese nachträgliche Auslegung für den weitaus wichtigsten Teil der Fiskalprozesse legt aber auch die Annahme nahe, daß der mehrerwähnte Konsens überhaupt nur als ein Verwaltungsinternum gedacht ist, ähnlich wie bei § 133 KO. Dafür spricht nicht nur die Gegenüberstellung von gesetzlicher Vertretung und Genehmigung, sondern auch der Rechtszustand, wie er bisher bei den Verkehrsanstalten bestand und bei den Regierungsfinanzkammern heute noch besteht. Diese letzteren müssen nach der FormVO. vom 17. Dezember 1825 § 129 mit der VO. vom 27. November 1825, die Aufhebung des Generalfiskalats betr. (RegBl. S. 921), in wichtigen Sachen, insbesondere bei einem Objekt über 4000 Gulden (= 8000 Mk.) Bericht an das Finanzministerium erstatten. Die Unterlassung der Einholung der Genehmigung würde eine Pflichtwidrigkeit, die Gültigkeit der Finanzkammerhandlungen als solcher und gegenüber Dritten jedoch dadurch nicht beeinträchtigt sein.[21])

Die VO. vom 27. November 1825 hat nun nach §§ 10, 30 der VO. vom 17. Juli 1886 auch für die vormaligen Generaldirektionen analog gegolten; es liegt nahe, daß die neuen Bestimmungen lediglich einen Ersatz hierfür bieten, nicht aber eine wesentliche Einschränkung des früheren Rechtszustands herbeiführen wollten, zumal die ZustdkO. doch zunächst das innere Verhältnis der Behörden zu einander zu regeln hatte und demnach nicht ohne weiteres mit gesetzlichen Normen wie BGB. § 1822 auf eine Stufe gestellt werden kann[22]). Zweifelhaft bleibt die Auslegung aber; immerhin wird die gerichtliche Prozeßpraxis dadurch höchstens noch wegen der seltenen Aktivklagen des Fiskus berührt, während allerdings z. B. für die Beurkundungsbeamten die Frage bedeutend mehr ins Gewicht fällt. Bemerkenswert ist das Fehlen einer Zuständigkeitssumme für das Reklamationsamt, ferner für die Eisenbahndirektionen bei Nr. 17 (Grunderwerb) und Nr. 43 (Unternehmerentschädigungen und Vertragsstrafen); bei den daraus entstehenden Prozessen gelten aber zweifellos die Spezialnormen der §§ 1 Nr. 22, 9 Nr. 15. Als Bezeichnung des gesetzlichen Vertreters, — die auch neben dem Prozeßbevollmächtigten nie unterlassen werden sollte, selbst wenn es sich nicht um Urteile handelt, — genügt die Angabe der Direktion als Behörde, insbesondere auch für die Zustellung (§ 171 ZPO.). Dem Gegner kann die Kenntnis des Namens des jeweiligen Direktionspräsidenten nicht zugemutet werden. Da für die Direktionen die reine Bureauverfassung gilt, kommt freilich praktisch insbesondere für Eidesleistungen nur die Person des jeweiligen Präsidenten in Betracht; die übrigen Direktionsbeamten (auch der Referent) können Zeugen sein.[23]) (Forts. folgt.)

können, würde wohl mit § 4 EG. z. ZPO. nicht vereinbar sein.

[19]) In Wirklichkeit ist sie eine offensichtliche Abänderung der ZustdkO. auf Grund der §§ 1, 3 VerwO.

[20]) Anders nach RGZ. 56, 333 für den Vergleich, weil nicht nur Prozeßhandlung.

[21]) Aehnlich wird bekanntlich auch die GemO. (Art. 112, 144) ausgelegt, während Akte ohne staatsaufsichtliche Genehmigung nichtig sind.

[22]) Nach einem fiskalischen Schriftsatz in der Sache A 1342/07 des LG. München I scheint das VerkM. der gleichen Ansicht zu sein; damit fiele dann auch die Beachtung seitens der Gerichte von Amts wegen bei Vergleichen. — Nicht mit dieser Frage zu verwechseln ist die (unpraktische) Möglichkeit der Beschränkung fiskalischer Prozeßvollvollmachten nach § 83 Abs. 1 ZPO.

[23]) Zustellung der Klage an einen unrichtigen gesetzlichen Vertreter ist mit Zustimmung des richtigen gesetzlichen Vertreters heilbar; anders bei Zustellung von Pfändungsbeschlüssen (JW. 1906, 382).

Mitteilungen aus der Praxis.

Ueber Verjährung bei Abzahlungsgeschäften und einige andere damit zusammenhängende Fragen. Da bei Abzahlungsgeschäften von vorneherein unter den Parteien bestimmt wird, daß der Kaufpreis in Teilzahlungen zu entrichten ist, wird man annehmen müssen, daß für jede Rate eine besondere Verjährungsfrist läuft. Man kann die Sache nicht so auffassen, daß der Kaufpreis gestundet wird, und die Verjährung bezüglich des ganzen Betrages mit dem Schlusse des Jahres beginnt, in welchem der Kaufvertrag abgeschlossen wurde und die Verjährung solange gehemmt bleibt, bis die für die Ratenzahlung bestimmte Frist verstrichen ist. Es ergibt sich dies daraus, daß nach § 198 BGB. die Verjährung mit der Entstehung des Anspruchs beginnt und nach der herrschenden Meinung ein Anspruch im Sinne dieser Bestimmung entstanden ist, wenn der Berechtigte von dem Verpflichteten ein Tun oder Unterlassen verlangen kann (§ 194 BGB.). Dies fällt bei Geldforderungen regelmäßig mit deren Fälligkeit zusammen. Daraus folgt aber, daß in den Fällen, in welchen von allem Anfang an bestimmt ist, daß eine Forderung in Teilbeträgen getilgt werden soll, mit dem Fälligwerden des einzelnen Teilbetrages ein Anspruch auf Leistung desselben entsteht und daher auch die Voraussetzung des Beginnes der Verjährung gegeben ist. Trifft, was regelmäßig der Fall ist, die Bestimmung des § 201 BGB. zu, so beginnt mit dem Schlusse jeden Jahres die Verjährung derjenigen Raten, welche im Lauf des Jahres fällig, aber nicht bezahlt worden sind, oder die Verjährung des ganzen Kaufpreises, wenn dieser infolge der im Vertrag getroffenen, dem Gesetz vom 16. Mai 1894 nicht zuwider laufenden Bestimmung wegen Nichteinhaltung der Ratenzahlung



fällig geworden ist. Werden in letzterem Falle nachträglich wieder Raten bewilligt und geleistet, so tritt Hemmung und Unterbrechung der Verjährung bezüglich des ganzen noch ausstehenden Betrages gemäß §§ 202 und 208 BGB. ein.

Es kommt häufig vor, daß die Kaufpreisforderung verjährt ist, und nunmehr der Verkäufer die verkauften Sachen zurückverlangt. Hat sich der Verkäufer das Eigentumsrecht bis zur vollständigen Bezahlung des Kaufpreises vorbehalten, so kann er auf Grund seines Eigentums die Sachen gemäß § 985 BGB. herausverlangen. Dem Käufer steht nicht der Einwand zu, daß er auf Grund des Kaufvertrags zum Besitze berechtigt sei, denn er ist dies nur so lange, als er den vertragsmäßig übernommenen Verpflichtungen nachkommt. Hat sich der Verkäufer nur das Rücktrittsrecht vom Vertrag vorbehalten, so kann er auch nach Verjährung der Kaufpreisforderung vom Vertrag zurücktreten und Herausgabe der verkauften Gegenstände verlangen. Die Kaufpreisforderung ist durch die Verjährung nicht als erfüllt anzusehen, wie sich aus der Bestimmung des § 222 BGB. ergibt. Es bleiben daher die Voraussetzungen des Rücktrittsrechts bestehen, wenn der Käufer den Kaufpreis nicht zahlt, auch wenn dieser verjährt ist. Das Rücktrittsrecht selbst unterliegt nicht der Verjährung, da es sich hier nicht um ein Recht, von einem andern ein Tun oder Unterlassen zu verlangen (§ 194 BGB.), handelt. Der Verjährung unterliegen vielmehr erst die infolge der Ausübung des Rücktrittsrechts zur Entstehung gelangten Ansprüche. (Motive zu dem Entw. eines BGB. II S. 280). Eine zeitliche Begrenzung der Ausübung des Rücktrittsrechts ist durch die Vorschrift des § 355 BGB. ermöglicht. Mehr Schwierigkeit bietet der nicht selten vorkommende Fall, daß die Kaufpreisforderung verjährt und der Käufer aus irgend einem Grunde nicht mehr in der Lage ist, die gekauften Sachen zurückzugeben. War das Eigentum vorbehalten, so kann der Verkäufer unter Umständen gemäß §§ 823, 989 und 990 BGB. Schadensersatz verlangen. Diese Bestimmungen nützen aber dem Verkäufer auf keinen Fall etwas, wenn den Käufer kein Verschulden dafür trifft, daß er die Sachen nicht herausgeben kann, z. B. wenn sie durch Zufall oder durch längeren Gebrauch untergegangen sind. Hier und in den Fällen, in welchem sich der Verkäufer nur das Rücktrittsrecht vom Vertrag, nicht auch das Eigentum vorbehalten hat, wird die Frage von praktischer Bedeutung, ob der Verkäufer auch dann vom Vertrag zurücktreten kann, wenn der Käufer nicht mehr in der Lage ist, die gekauften Gegenstände zurückzugeben. In der Ausgabe des Reichsgesetzes vom 16. Mai 1894 betr. die Abzahlungsgeschäfte von Gottfried Schmitt Anm. 11 b zu § 1 ist die Anschauung vertreten, daß der Verkäufer, wenn die übergebene Sache vor Ausübung des Rücktritts zugrunde gegangen ist, auf den Erfüllungsanspruch beschränkt ist. Dieser Ansicht kann aber nicht beigepflichtet werden. Das Gesetz selbst bietet keinen Anhaltspunkt dafür, daß die Ausübung des Rücktritts davon abhängig sein soll, daß der Käufer die erhaltenen Sachen noch besitzt. Ein Beweis für die Richtigkeit der Anschauung, daß die Zulässigkeit des Rücktritts nicht davon abhängt, daß der andere Teil noch im Besitz der empfangenen Leistung ist, liegt in den Vorschriften des BGB. über den Rücktritt §§ 346 ff. So trifft § 347 gerade Bestimmungen für den Fall, daß der andere Teil die erhaltene Leistung nicht zurückgeben kann. Auf Abzahlungsgeschäfte wird man allerdings den § 347 BGB. nicht anwenden können, da der Umfang der Rückgewährpflicht in den §§ 1 und 2 des Gesetzes vom 16. Mai 1894 geregelt ist; aber die Bestimmung zeigt, daß man bei Erlassung des BGB. von der Anschauung ausgegangen ist, daß das Rücktrittsrecht nicht dadurch verloren geht, daß die Gegenpartei die erhaltene Leistung nicht mehr zurückgeben kann. Die Frage ist deshalb von praktischer Bedeutung, weil der Verkäufer, wenn ihm noch das Rücktrittsrecht zusteht, die in § 2 des genannten Gesetzes aufgeführte Vergütung und Ersatz für Aufwendungen ꝛc. verlangen kann. Würde man hier das Rücktrittsrecht des Verkäufers ausschließen, so würde man zu der folgenden ungleichen Behandlung zweier im wesentlichen gleich gelagerten Fälle kommen: Hat der Käufer die gekaufte Sache drei Jahre lang benützt, ist dieselbe durch die Benützung wertlos geworden, aber noch vorhanden, so kann der Verkäufer Herausgabe der Sache und daneben Zahlung der ihm gemäß § 2 des Gesetzes zukommenden Beträge verlangen, soweit sie nicht bereits durch teilweise Entrichtung des Kaufpreises gedeckt sind. Ist aber die Sache nach dreijähriger Benützung durch den Käufer aus irgend einem Grunde nicht mehr vorhanden, so könnte der Verkäufer, weil er nicht mehr vom Vertrage zurücktreten kann, auch die ihm nach § 2 des Gesetzes zustehende Entschädigung und Vergütung nicht beanspruchen, selbst wenn vom Kaufpreis gar nichts bezahlt worden wäre. Eine solch ungleiche Behandlung von Fällen, welche in wirtschaftlicher Beziehung völlig gleich sind, kann nicht in der Absicht des Gesetzes liegen.

Da übrigens das Gesetz vom 16. Mai 1894 keine Bestimmungen darüber trifft, unter welchen Voraussetzungen das vereinbarte Rücktrittsrecht von dem Berechtigten ausgeübt werden kann, müssen zur Entscheidung dieser Frage jetzt die Vorschriften des BGB. herangezogen werden. Diese gehen aber, wie bereits dargelegt, von der Auffassung aus, daß das Rücktrittsrecht nicht davon abhängig ist, daß die Gegenpartei noch in der Lage ist, die erhaltene Leistung zurückzugewähren.

Amtsrichter **Kraus** in München.

Bemerkungen über den vorläufigen Entwurf eines Scheckgesetzes. Unter dieser Ueberschrift übt Rechtsanwalt Dr. Sigfried Jacoby in München an der im Entwurf vorgenommenen Regelung der Einlösungspflicht der Bank eine abfällige Kritik in Nr. 18 dieser Zeitschrift. Dr. Jacoby geht davon aus, daß der Scheckverkehr sich um so mehr ausdehne, je mehr man die Rechtsstellung des Schecknehmers kräftige, daß diese Stellung aber zugunsten der Scheckbank in § 11 des Entwurfs geschwächt werde, da sich die Einlösungspflicht nicht nach dem Zeitpunkt der Begebung, sondern nach dem Zeitpunkt der Vorlegung richte. Die hieraus gezogene Folgerung, der Gesetzgeber habe hier sein Prinzip, den Scheckverkehr zu verallgemeinern, verlassen, ist jedoch nicht gerechtfertigt. Die allgemeine Einführung des Schecks hat nicht nur eine möglichst starke Rechtsstellung des Schecknehmers zur Voraussetzung, sie ist insbesondere auch davon abhängig, daß durch die Verwendung des Schecks keine oder nur geringe Kosten entstehen. Je *billiger* der Scheckverkehr ist, desto mehr Verbreitungsmöglichkeit hat

er. Das Ideal ist der provisionsfreie Scheck. Die bezogene Bank kann die ihr auferlegte Tätigkeit aber nur dann billiger oder umsonst ausüben, wenn sie dadurch nicht irgendwie gefährdet wird. Ist dieses nicht der Fall, dann erhöht sich notgedrungen die Scheckprovision um eine Risikoprämie. Mit a. W.: Der Scheckverkehr verteuert sich und wird somit seine Ausbreitung gehindert. Außerdem würde eine erhebliche Beunruhigung und Verteuerung des Bankkredits herbeigeführt, wenn die Bank nie wüßte, inwieweit sie Deckung für die Verbindlichkeit ihrer Kontokunden in Händen habe. Der von Dr. Jacoby vorgeschlagene Weg wäre nur dann gangbar, wenn die Bank neben dem allgemeinen Konto ihrer Kunden ein ganz selbständiges Scheckkonto eröffnen würde, ein Konto, das lediglich und ausschließlich für den Scheckverkehr bestimmt ist. Daß diese Regelung praktisch kaum durchführbar ist, bedarf keiner Ausführung. Dadurch, daß der Gesetzentwurf den Bezogenen sichert, ermöglicht er es ihm also, auf eine Risikoprämie zu verzichten. Er ermöglicht dadurch die Billigkeit des Scheckverkehrs und gerade dadurch seine allgemeine Einführung.

Es dürfte daher nicht angehen, denen, deren Rechtsempfinden dieser Regelung des Entwurfs nicht widerstrebt, den Vorwurf zu machen, daß „ihr Urteil durch Postulate eines unberechtigten wirtschaftlichen Egoismus getrübt ist".

Rechtsanwalt Dr. Baumann in München.

Begünstigung des Diebs durch den Bestohlenen. Welch eigenartige Anklagen zuweilen erhoben werden, zeigt eine Entscheidung des Reichsgerichts vom 22. Februar 1907, abgedruckt JW. 1907 S. 554. Ein Bestohlener, der offenbar daran verzweifelt, daß ihm die Polizei den Dieb ausfindig macht und die wertvollen gestohlenen Sachen zurückbringt, erläßt eine öffentliche Ankündigung, worin er dem Dieb für den Fall freiwilliger Rückgabe eine Entschädigung verspricht. Was geschieht? Der Staatsanwalt erhebt Anklage aus § 257 StGB. wegen Begünstigung; es liege eine wissentliche Beistandsleistung vor, um dem Dieb die Vorteile des Vergehens zu sichern. Das Reichsgericht hat diese Konstruktion glücklicherweise deutlich zurückgewiesen: Ein „Sichern" könne zwar in der Weise erfolgen, daß die Ausnützung und Verwertung der im gestohlenen Gut liegenden Vermögensvorteile ermöglicht oder erleichtert werde; allein das treffe nicht zu, wenn wie hier das Ziel verfolgt werde, die Diebe nicht gegen die Eigentümer oder die Obrigkeit in Schutz zu nehmen, ihnen vielmehr das Gestohlene zu entziehen und es den Eigentümern wieder zu verschaffen; die in Aussicht gestellte Entschädigung könne als ein Geldopfer betrachtet werden, das nach Auffassung der Täter notwendig war, um den rechtmäßigen Zustand wieder herzustellen. Immerhin ist es Tatsache, daß wegen dieses Vorganges nicht nur Anklage erhoben, sondern auch das Hauptverfahren eröffnet worden ist, also der arme Bestohlene sich in der Verhandlung als Angeklagter zu verantworten hatte. Wie das Urteil der ersten Instanz lautete, ist aus der Wiedergabe der Entscheidung nicht zu entnehmen.

Rechtsanwalt Dr. Gallinger in Nürnberg.

Aus der Praxis der Gerichte.

Reichsgericht.

A. Zivilsachen.

I.

Eigenmächtige Korrespondenzeinsicht. Ueberwachung durch Detektivs kein Scheidungsgrund (§ 1568 BGB.). Die Ehe der Streitteile wurde vom LG. aus Verschulden der Ehefrau wegen anstößigen Umgangs mit dem Rittmeister P. aus § 1568 BGB. geschieden, die ebenfalls auf § 1568 gestützte Widerklage der Ehefrau wurde abgewiesen. Die Berufung der Ehefrau blieb erfolglos und ihre nur noch gegen die Abweisung der Widerklage erhobene Revision wurde zurückgewiesen.

Aus den Gründen: Nicht ganz bedenkenfrei sind die Ausführungen, mit denen das BG. den zweiten Scheidungsgrund (eigenmächtige Einsicht der Korrespondenz) beseitigt. Zwar kann ihm darin beigetreten werden, daß ein Ehemann berechtigt ist, von Briefschaften seiner Frau in deren Verwahrung auch gegen ihren Willen Einsicht zu nehmen, wenn er begründeten Anlaß zu der Annahme hat, von seiner Ehefrau hintergangen zu werden. Der Ehemann hat sich hier auch nicht, wie behauptet worden, mittels Erbrechens eines Behältnisses oder mittels Nachschlüssels die von dem Rittmeister P. an seine Frau gerichteten Briefe beschafft, sondern durch Oeffnung des Vexierschlosses ihrer Schreibmappe. Immerhin hat er sich damit eines Bruchs seines Ehrenworts schuldig gemacht; denn zwischen dem Rittmeister P. und dem Advokaten M. als Vertreter des Ehemanns war kurz vorher eine Vereinbarung zustande gekommen, wonach letzterer ehrenwörtlich die Achtung des Briefgeheimnisses hinsichtlich der Korrespondenz zwischen seiner Ehefrau und P. allerdings unter der Bedingung verbürgte, daß die Schicklichkeit und Anständigkeit in den Briefen eingehalten werde. Das BG. meint, den Kläger könne hier nur ein Vorwurf dahin treffen, daß er überhaupt sein Ehrenwort in einer solchen Angelegenheit gegeben habe, nicht aber der Vorwurf des Ehrenwortsbruchs; denn der Verdacht der Verletzung der erwähnten Bedingung habe sich bei Einsichtnahme der Briefe als nur zu begründet erwiesen und damit sei die Bindung an das Ehrenwort fortgefallen. Hiergegen lassen sich Bedenken erheben, namentlich, ob der Ehemann sich nicht offen durch Mitteilung an die Beteiligten von seinem Ehrenwort hätte lossagen müssen, wenn er glaubte, nicht mehr daran gebunden zu sein. Gleichwohl kann die Revision keinen Erfolg haben. Das BG. begründet die Verneinung einer schweren Eheverfehlung in diesem Punkte mit der damaligen außerordentlichen Gemütsbewegung des Ehemanns, die sein Verhalten entschuldbar mache (was im einzelnen dargelegt wird). Wenn er in solcher Gemütsverfassung, um über sein Schicksal Gewißheit zu haben, sich zur Einsichtnahme von dem Briefwechsel entschlossen hat, so kann dieses Verhalten nicht so streng beurteilt werden und ist die Verneinung einer schweren Eheverfehlung, — die übrigens mehr den Rittmeister P. als die Ehefrau berührte, — durch das LG. nicht zu beanstanden. Es ist nun zwar auch behauptet, der Ehemann habe die von ihm angefertigten Kopien der Briefe „einer ganzen Reihe Unbeteiligter" gezeigt und sogar überlassen und es könnte sich fragen, ob dies nicht den Tatbestand des § 1568 BGB. erfüllt. Allein das BG. war zur Erhebung des angebotenen Zeugenbeweises nicht genötigt, weil es an jeder näheren Bezeichnung der Personen fehlt, denen der Ehemann die Kopien gegeben haben soll und weil eine Zeugenvernehmung nicht zu dem Zwecke verlangt werden kann, um erst hierdurch Scheidungsgründe zu erfahren. Eine Rechtsnormverletzung kann dem BG. auch nicht deshalb vorgeworfen werden, weil es in der vom

Ehemann veranlaßten Ueberwachung der Ehefrau durch Privatdetektivs einen Ehescheidungsgrund nicht erblickt. Das Berufungsurteil führt aus, der Ehemann habe nach der Korrespondenz zwischen P. und der Ehefrau mit Grund befürchtet, es werde nach dem Wegzug letzterer aus der ehelichen Wohnung zum geschlechtlichen Verkehr mit P. kommen. Wenn die Ehefrau behaupte, die Ueberwachung sei in so belästigender Weise ausgeführt worden, daß ihre Verwandten sie nicht länger bei sich behalten wollten, so könne der Ehemann nicht hierfür verantwortlich gemacht werden, da nicht behauptet werde, daß er zu dieser Art der Ausführung Auftrag gegeben habe. Unter dieser Begründung durfte das BG. sehr wohl den angebotenen Zeugenbeweis ablehnen, umsomehr als nicht einmal behauptet wird, daß die belästigende Art der Ausführung zur zur Kenntnis des Ehemanns gekommen ist. (Urt. vom 30. Mai 1907; IV 99/07).[1] N.

997

II.

1. Hat sich eine Hypothek infolge Erlöschens der Forderung in eine Eigentümergrundschuld verwandelt, der Eigentümer aber ihre Löschung beantragt, so ist diese Erklärung zwar unwiderruflich, wenn die Voraussetzungen des § 875 Abs. 2 BGB. vorliegen, aber die Abtretung und Pfändung der noch nicht gelöschten Post wird durch die Unwiderruflichkeit nicht ausgeschlossen.

2. Wird die Uebergabe des Hypothekenbriefes durch die Vereinbarung ersetzt, daß der Gläubiger berechtigt sein soll, sich den Brief von dem Grundbuchamt aushändigen zu lassen (§ 1117 Abs. 2 BGB.), so hängt die Wirksamkeit dieser Vereinbarung nicht davon ab, daß der Brief später wirklich dem Gläubiger ausgehändigt wird.

Aus den Gründen: 1. Das Berufungsgericht läßt es dahingestellt, ob an den Posten Abt. III Nr. 21, 22, 25 mit Rücksicht darauf, daß alle Beteiligten über deren Löschung einverstanden waren, Eigentümergrundschulden überhaupt nicht entstehen konnten, oder ob die Zahlung der Forderungen Eigentümergrundschulden hat entstehen lassen. Auch im letzten Fall hält es die Eigentümer und deren Rechtsnachfolger nicht für befugt, die Eigentümergrundschulden im Zwangsversteigerungsverfahren zu liquidieren, weil in dem Löschungsantrag der Eigentümer deren Zustimmung zur Aufhebung der Hypothek nach § 1183 BGB. zu finden und diese Zustimmung, nachdem sie dem Grundbuchamt eingereicht worden, unwiderruflich geworden sei. Diese Unwiderruflichkeit müßten sich auch die Pfändungsgläubiger und Zessionare entgegensetzen lassen. Diese Ausführungen werden von der Revision mit Recht insoweit angefochten, als sie der Unwiderruflichkeit des Löschungsantrags des Eigentümers unter Bezugnahme auf § 1183 BGB. absolute Wirkung beimessen. Es unterliegt an sich keinem Bedenken, daß sich die Posten Abt. III Nr. 21, 22, 25 nach Befriedigung der eingetragenen Gläubiger in Eigentümergrundschulden verwandelt haben, da infolge der Zahlung der Forderungen die Voraussetzungen des § 1163 Abs. 1 Satz 2 BGB. eingetreten sind. Findet man nun auch in dem Löschungsantrag der Eigentümer eine bindende Erklärung materiellen Rechts, so ist doch nicht zu übersehen, daß bei Eigentümergrundschulden der Eigentümer die Stellung eines Gläubigers einnimmt und daß daher, wenn die Eigentümergrundschuld aufgehoben werden soll, eine Aufhebungserklärung nach § 875 BGB. erforderlich ist. Es reicht, wie die Protokolle Bd. III S. 616 hervorheben, zur Aufhebung einer dem Eigentümer zustehenden Hypothek die Erklärung des Eigentümers aus, sein Recht aufgeben zu wollen; daraus folgt aber nicht, daß diese Erklärung nach § 1183 BGB. zu beurteilen ist. Sie untersteht vielmehr dem § 875 BGB. und der § 1183 BGB. kommt, da die eigene Erklärung des Eigentümers seiner Zustimmung nicht mehr bedarf, überhaupt nicht zur Anwendung. Es kann daher dahingestellt bleiben, ob der Unwiderruflichkeit der Zustimmungserklärung des § 1183 BGB. absolute Wirkung beizumessen ist; bei der Beurteilung der Aufhebungserklärung nach § 875 BGB. ist dies jedenfalls ausgeschlossen. Auch diese Aufhebungserklärung bewirkt beim Vorliegen der in Abs. 2 a. a. O. aufgeführten Voraussetzungen die Bindung des Erklärenden und ist insofern unwiderruflich, die Unwiderruflichkeit wirkt aber, wie im Falle des § 873 BGB., nur unter den Parteien und hat nicht die Bedeutung einer Verfügungsbeschränkung, auf die sich auch dritte Personen zu berufen in der Lage wären (vgl. Prot. III S. 72; RGZ. Bd. 55 S. 340; Biermann Anm. 3 Abs. 2 zu § 873; Planck Anm. II, III 4 das. Anm. 2 zu § 875; Turnau-Förster III 13, 6 zu § 873, Anm. 4 vorl. Abs. zu § 875 BGB.). Die Pfändung und Abtretung der Eigentümergrundschulden und der im Laufe des Zwangsversteigerungsverfahrens an ihre Stelle getretenen Rechte war daher beim Mangel der Löschung im Grundbuche an sich nicht ausgeschlossen.

2. Die Vereinbarung des § 1117 Abs. 2 BGB. hat die Wirkung einer Uebergabe nur dann, wenn der vom Grundbuchamt auszuhändigende Brief sich tatsächlich beim Grundbuchamte befindet. Dieses Erfordernis erachtet der Berufungsrichter mit Recht für gegeben. Nun sind die Hypothekenbriefe später allerdings nicht, wie es hätte geschehen sollen, an B., sondern an S. und die Firma G. gelangt, dadurch konnte aber das einmal begründete Gläubigerrecht des B. und das Eigentum an den Briefen nicht wieder aufgehoben werden. Zwar findet sich in betreff der Vereinbarung des § 1117 Abs. 2 BGB. bei Turnau und Förster Anm. 3 Abs. 2 unter Bezugnahme auf eine Entscheidung des OLG. Breslau (SeuffA. Bd. 57 S. 138), die aber diesen Satz nicht enthält, die Ansicht vertreten, daß die Vereinbarung des § 1117 die Uebergabe nur dann ersetze, wenn später der Brief vom Grundbuchamt dem neuen Gläubiger wirklich ausgehändigt werde. Es ist indessen nicht einzusehen, warum im Falle des § 1117 Abs. 2 etwas anderes gelten soll, wie bei der körperlichen Uebergabe oder der Ersatzübergabe des § 931 BGB., wo eine Aushändigung an andere Personen ebenso gut vorkommen kann. Die Absicht des Gesetzgebers, den Erwerb der Hypothek zu beschleunigen (Prot III S. 729), würde bei einer solchen Annahme jedenfalls nur sehr unvollkommen erreicht werden. Die gegenteilige Annahme ist vielmehr richtig (vgl. Planck Anm. 3 zu § 1117 BGB. und das Urteil des Kammergerichts bei Johow Bd. 25 A S. 153). (Urt. des V. ZS. vom 3. Juli 1907). ———n.

1035

III.

Zu §§ 1117 Abs. 2, 607, 641, 399, 407 BGB.

1. Wird bei der Abtretung einer Hypothek die Aushändigung des Hypothekenbriefes an den neuen Gläubiger bewilligt, so kann darin eine unwiderrufliche Abtretung des Anspruchs auf Aushändigung des Briefes liegen.

2. Sind Forderungen aus einem Bauvertrag in eine Darlehensforderung umgewandelt worden und tritt der Gläubiger diese Darlehensforderung ab, so kann der Schuldner unter Umständen noch mit Wir-

[1] Bemerkenswert ist aus dem Prozeß weiter, daß die Streitteile offenbar nur zur Ermöglichung der Scheidung dem Bande nach die bayerische Staatsangehörigkeit erworben hatten und der Ehemann außerdem zur protestantischen Konfession übergetreten war. Gleichwohl behielt er seinen Wohnsitz in Oesterreich bei, so daß die Zuständigkeit sich nur auf § 606 Abs. 2 ZPO. (Hauptstadt des Heimatstaats) stützte. — Das RG. stellte sein Urteil beiden Parteien von Amts wegen zu, obwohl darin nur die Abweisung der Widerklage bestätigt wurde; der Streitwert wurde zu 2000 Mk. angenommen, obwohl der Kläger offensichtlich sehr vermöglich ist. Der Eins.

kung gegen den neuen Gläubiger Zahlungen an den ursprünglichen Gläubiger leisten, obwohl er von der Abtretung Kenntnis hat. Dies setzt jedoch voraus, daß die Zahlungen geleistet wurden, um einer im Bauvertrage bedungenen Pflicht zur Gewährung von Vorschüssen zu genügen.

Die Klägerin hatte einen Neubau auf ihrem Grundstücke dem Architekten Fr. übertragen und ihm zur Sicherung seiner Ansprüche für die Ausführung des Baues die Eintragung einer Hypothek von 30 000 Mk. auf dem Grundstück bewilligt. In der notariellen Schuldurkunde vom 12. Juli 1905, die den Schuldgrund als „Darlehn“ bezeichnete, war bestimmt, daß Fr. berechtigt sein solle, sich den Hypothekenbrief vom Grundbuchamt aushändigen zu lassen. Fr. trat, bevor noch die Eintragung erfolgte, in einer notariellen Urkunde vom 22. Juli 1905 die Hypothek mit allen Rechten dem Beklagten ab und bewilligte und beantragte die Aushändigung des Hypothekenbriefes. Er teilte dabei dem Beklagten mit, daß die Darlehnshypothek für die Bauarbeiten bestellt werden solle und legte eine Aufstellung vor, die nach dem damaligen Stande ein Guthaben von 21 088.24 Mk. für ihn ergab. Das Grundbuchamt trug am 3. August 1905 die Hypothek als „abgetretenes Darlehn“ für den Beklagten ein, händigte aber den Hypothekenbrief nicht dem Beklagten, sondern der Klägerin aus, weil Fr. in einer notariell beglaubigten Erklärung vom 14. August 1905 den Antrag auf Aushändigung des Briefes an den Beklagten zurückgenommen und in einer notariell beglaubigten Erklärung vom 18. August 1905 die Aushändigung an die Klägerin beantragt hatte. Fr. war nämlich in Vermögensverfall geraten und die Klägerin war genötigt, selbst den Bau zu Ende zu führen. Nach einer am 2. Mai 1906 mit Fr. vorgenommenen Abrechnung soll Fr. schließlich überhaupt nichts zu fordern gehabt, vielmehr ein Guthaben von 1890.50 Mk. für die Klägerin sich ergeben haben. Auf die Aufforderung der Klägerin hat der Beklagte die Löschung der Hypothek in Höhe von 18 000 Mk. bewilligt, wegen des Restes hat die Klägerin auf Löschung geklagt. Der Beklagte will die Hypothek in gutem Glauben erworben haben und jedenfalls die nach der Abtretung von der Klägerin an Fr. geleisteten Zahlungen gegen sich nicht gelten lassen. Von der Abtretung soll er noch an demselben Tage der Klägerin Mitteilung gemacht haben. Der Beklagte hat Abweisung der Klage und widerklagend die Verurteilung der Klägerin zur Herausgabe des Hypothekenbriefes, vorsorglich zur Zahlung von 12 000 Mk. beantragt. Das Landgericht hat den Beklagten zur Löschungsbewilligung verurteilt und die Widerklage abgewiesen. Das Kammergericht hat die Berufung des Beklagten zurückgewiesen. Die Revision des Beklagten hatte Erfolg.

Gründe: 1. Der Berufungsrichter verneint den rechtsgültigen Erwerb der Hypothek durch den Beklagten, weil zwar die Erklärung in der notariellen Urkunde vom 12. Juli 1905 für das Vorhandensein einer die Uebergabe des Hypothekenbriefes ersetzenden Vereinbarung im Sinne des § 1117 Abs. 2 BGB. spreche, der „Antrag“ auf Aushändigung des Hypothekenbriefes in der Abtretungsurkunde vom 22. Juli 1905 dagegen nur eine einseitige Erklärung sei, die Fr. jederzeit habe widerrufen können. Dabei übersieht er, daß Fr. die Aushändigung des Hypothekenbriefes nicht bloß beantragt, sondern auch „bewilligt“ hat und daß diese Erklärung sehr wohl als eine dem Widerruf nicht unterliegende Abtretung des Aushändigungsanspruchs aufgefaßt werden kann (vgl. RGZS. Bd. 54 S. 111).

2. Indessen kommt es darauf, ob der Beklagte die Hypothek in formell rechtsgültiger Weise erworben hat, nicht an, weil er auf den Schutz der §§ 892, 1138 BGB. keinesfalls Anspruch erheben kann. Die Hypothek war zur Zeit der Abtretung noch gar nicht eingetragen und außerdem war ihm mitgeteilt worden, daß kein Darlehen vorliege, die Hypothek vielmehr für die Forderungen aus dem Bauvertrage bestellt sei. Dadurch wurde die Hypothek allerdings nicht zur Sicherungshypothek im Sinne des § 1184 BGB. und an dem in der Schuldurkunde angegebenen Rechtsgrunde des Darlehns änderte sich auch nichts, da es nach § 607 Abs. 2 BGB. durchaus zulässig ist, Forderungen aus anderen Rechtsgründen, auch wenn sie noch nicht entstanden sind, in Darlehen umzuwandeln; der Klägerin blieb aber, da die Forderungen aus dem Bauvertrage die Valuta des Darlehns bildeten, nach § 1163 BGB. der Beweis offen, daß solche Forderungen und damit das Darlehn nicht zur Entstehung gelangt seien. Die Beweislast hat, obwohl feststeht, daß ein bares Darlehn nicht gegeben worden ist, die Klägerin insoweit, als sie mit der Klage Löschung beansprucht, während für die Widerklage der Beklagte beweispflichtig sein würde. Hiernach ist es irrtümlich, wenn der Berufungsrichter dem Beklagten jeden Anspruch, auch einen persönlichen, von vorneherein um deswillen abspricht, weil ein Darlehn nicht vorliege und eine Forderung aus dem Bauvertrage nicht abgetreten sei. Der Berufungsrichter schließt sich dann aber vorsorglich den Ausführungen des Landgerichts an, das für erwiesen angenommen hat, daß Fr. schließlich bei der Abrechnung überhaupt kein Guthaben an die Klägerin mehr hatte. Er erachtet in Uebereinstimmung mit dem Landgericht diesen Zeitpunkt und nicht den der Abtretung nach § 641 BGB. für maßgebend und hält die Zahlungen, die die Klägerin trotz Kenntnis der Abtretung (§ 407 BGB.) später an Fr. geleistet hat, auch dem Beklagten gegenüber für gültig, indem er bemerkt, daß diese Zahlungen nach der Absicht der Vertragsparteien dazu dienen sollten, Fr. die Fortführung des Baues zu ermöglichen. An sich wird nun allerdings die Forderung des Werkmeisters erst mit der Beendigung und Abnahme des Baues fällig (§ 641 BGB.), dies schließt aber nicht aus, daß sie schon vorher abgetreten und ganz oder teilweise bezahlt werden kann. Ist eine Abtretung erfolgt, so greift für Zahlungen der § 407 BGB. ohne Zweifel Platz; eine Ausnahme könnte man aus dem Grundsatze des § 399 BGB., daß die Abtretung keine Veränderung des Inhalts des Schuldverhältnisses zur Folge haben darf, allerdings dann ableiten, wenn die Zahlungen nach dem Inhalt des Bauvertrags als Vorschüsse für den Bau bedungen und geleistet worden sind, in dieser Beziehung fehlt es aber an einer Erörterung des Inhalts des Bauvertrages und an einer Prüfung der einzelnen Zahlungen. Der Inhalt des Bauvertrages steht in keiner Weise fest, insbesondere ist nicht ersichtlich, daß die Klägerin danach außer der Hypothek, die sie Fr. bestellt hat, auch noch Vorschüsse für den Bau zu leisten verpflichtet war. War dies der Fall, so entsteht weiter die Frage, ob die einzelnen nach der Abtretung geleisteten Zahlungen Vorschüsse waren, die auf Grund dieser Verpflichtung geleistet worden sind. Auch in dieser Beziehung fehlt es in dem Berufungsurteil an jeder näheren Begründung. Die allgemeine, allen tatsächlichen Anhalts entbehrende Bemerkung, daß die Zahlungen „nach der Absicht der Vertragsparteien dazu dienen sollten, Fr. die Fortführung des Baues zu ermöglichen“, ist nicht ausreichend. (Urt. des V. ZS. vom 29. Juni 1907). ———n.

1045

IV.

Auf Grund des § 627 ZPO. können Anordnungen über die Sorge für die Person gemeinschaftlicher ehelicher Kinder getroffen werden, ohne daß gleichzeitig den Gatten das Getrenntleben gestattet wird. Bei solchen Anordnungen ist in erster Linie auf das Interesse der Kinder Rücksicht zu nehmen. Aus den Gründen: 1. Die einstweilige Verfügung, durch welche für die Dauer des Ehescheidungsprozesses die Sorge für die

Person der Kinder der Klägerin übertragen ist, durfte von dem Berufungsgericht erlassen werden, ohne daß eine besondere Anordnung erging, durch welche der Klägerin das Getrenntleben von ihrem Manne gestattet wurde. Es besteht kein Rechtssatz, daß eine Anordnung wegen der Sorge für die Person der gemeinschaftlichen minderjährigen Kinder nur zulässig ist, wenn der Ehefrau das Getrenntleben gestattet ist; insbesondere kann ein solcher Rechtssatz nicht aus § 627 der ZPO. entnommen werden. Die tatsächlich getrennt lebende Ehefrau wird regelmäßig nur dann ein Interesse haben, eine einstweilige Verfügung wegen Gestattung des Getrenntlebens zu erwirken, wenn sie Unterhaltsansprüche gegen den Mann geltend machen will oder wenn sie gegen das Betreten ihrer Wohnung durch den Ehemann geschützt sein will. Die Ausführungen in dem von der Revision angezogenen Urteile des Reichsgerichts Bd. 30 S. 277 der Entsch., daß der Ehegatte durch eigenmächtige Absonderung von dem anderen Ehegatten einer unerlaubten Handlung sich schuldig mache und daraus zwar Verbindlichkeiten, aber keine Rechte bekomme, insbesondere nicht das Recht, die Herausgabe der Kinder zu fordern, haben für das heutige Recht keine Bedeutung mehr. Der Grundsatz des § 723 Teil II Titel 1 des preuß. Allg. LR., daß während des Scheidungsprozesses kein Teil wider den Willen des andern sich von demselben eigenmächtig absondern darf, daß somit die Frau, wenn sie nicht eine unerlaubte Handlung begehen will, unbedingt darauf angewiesen ist, die richterliche Bewilligung des Getrenntlebens nachzusuchen, ist in das BGB. nicht übernommen, welches dem Ehegatten das Recht gibt, die Herstellung der ehelichen Lebensgemeinschaft zu verweigern, wenn das hierauf gehende Verlangen des andern Ehegatten sich als ein Mißbrauch darstellt oder wenn er auf Scheidung klagen kann (§ 1353 BGB.). Bei Erlaß der einstweiligen Verfügung wegen der Sorge für die Person der gemeinschaftlichen Kinder ist allerdings auch zu berücksichtigen, ob die Ehefrau einen Grund zur Verweigerung des gemeinschaftlichen Lebens hat und ob die Scheidungsklage aller Voraussicht nach keinen Erfolg haben wird. Aber so liegt nach den eigenen Anführungen des Beklagten die Sache hier nicht, daß die von der Klägerin erhobene Scheidungsklage, bei deren Begründetsein sie zugleich ein Recht auf Getrenntleben hat, als aussichtslos bezeichnet werden könnte.

2. Zuzugeben ist der Revision, daß auch für die auf Grund des § 627 ZPO. statthaften einstweiligen Verfügungen die materiell-rechtlichen Bestimmungen der §§ 1627 ff. BGB., insbesondere des § 1634 nicht beseitigt sind. Sie können jedoch, da § 627 ZPO. dem Richter für die erforderliche einstweilige Regelung eine freiere Stellung einräumt, keine ausschließliche Geltung beanspruchen. Daß für die einstweilige Verfügung in erster Linie das Interesse des Kindes maßgebend ist und erst in zweiter Linie auf die Interessen der Eltern billige Rücksicht zu nehmen ist, ist von dem Reichsgericht bereits öfters ausgesprochen worden. Dem Berufungsrichter ist daher kein Vorwurf daraus zu machen, daß er die Sachlage zuvörderst von dem Gesichtspunkt aus prüft, ob die Interessen der Kinder es erforderlich machen, die Sorge für die Person der Kinder während des Scheidungsprozesses der Mutter zu übertragen. (Urt. des IV. ZS. vom 1. Juli 1907). ——n.

1031

B. Strafsachen.

I.

Urkundenfälschung. Gebrauch eines falschen Namens mit Zustimmung des Namensträgers. Wirkung einer solchen Vereinbarung im Verhältnisse zu § 164 BGB. Der Angeklagte hat zwei als beweiserhebliche Urkunden im Sinne des § 267 StGB. zu erachtende Postkarten an die Redaktion einer Zeitung gesandt und sie im Einverständnisse mit E. K. mit dessen Namen unterzeichnet. Der Erstrichter hat angenommen, daß der Angeklagte sich in den beiden Postkarten gegenüber der Redaktion als „E. K." selbst fälschlich ausgegeben und von ihnen auch insoferne zum Zwecke einer Täuschung Gebrauch gemacht habe, als er die Redaktion über seinen wirklichen Namen und die Echtheit der Unterschrift täuschen wollte. Auf dieser Grundlage konnte er ohne Rechtsirrtum annehmen, daß es für die Verurteilung wegen Urkundenfälschung ohne Belang sei, ob E. K. mit dieser fälschlichen Benutzung seines Namens einverstanden war oder nicht. Denn der eigene Name ist nicht in dem Sinne ein frei veräußerliches Rechtsgut, daß er einem Dritten zu beliebigen, auch zu einer die Täuschung eines andern bezweckenden Benutzung überlassen werden könnte. Es ist aber nicht ausgeschlossen, daß der Erstrichter zu der Annahme dieser tatsächlichen Grundlage unter dem Einflusse rechtsirriger Vorstellungen gelangt ist. Er geht von dem Satze aus: „Durch die Bestellung unter dem Namen des K. sollte nicht K., dessen Namen die Karten als Besteller bezeichneten, sondern der Angeklagte als Besteller berechtigt und verpflichtet werden; für K. sollten nach dem Willen und der Absicht des Angeklagten und des K. keinerlei Rechte oder Pflichten, weder dem Angeklagten noch der Redaktion gegenüber, entstehen." Ob K. aus den Rechtshandlungen, die der Angeklagte der Redaktion gegenüber vornahm, berechtigt und verpflichtet wurde, hing nicht lediglich von seiner Vereinbarung mit dem Angeklagten, sondern davon ab, ob der Angeklagte mit der Ermächtigung des K. als dessen offener Stellvertreter der Redaktion gegenübertrat, sei es, daß er sich ausdrücklich als solcher ausgab, sei es, daß ein derartiges Vertretungsverhältnis aus den Umständen folgte. Lag offene Stellvertretung in diesem Sinne vor, so trat die in § 164 BGB. bezeichnete Rechtswirkung unmittelbar zwischen dem Dritten und dem Vertretenen ohne Rücksicht auf den Willen des Vertreters und des Vertretenen ein. Die rechtsirrtümliche Annahme, daß der Eintritt dieser Wirkungen der offenen Stellvertretung durch die Vereinbarung zwischen dem Angeklagten und K. ausgeschlossen wurde, läßt nach der Lage der Sache die Möglichkeit zu, daß dieser Rechtsirrtum die tatsächlichen Feststellungen beeinflußt hat (Wird näher ausgeführt). (Urt. des V. StS. vom 11. Juni 1907, 5 D 381/07). ———e—

1037

II.

Das die schwerste Strafe androhende Gesetz im Sinne des § 73 StGB. ist bei Idealkonkurrenz zwischen Vergehen nach § 26 Nr. 1 des Ges. vom 3. Juni 1900, betr. die Schlachtvieh- und Fleischbeschau, und § 10 Nr. 1 des Nahrungsmittelgesetzes das erstere Gesetz. Beide Vorschriften weisen die gleichen Hauptstrafen auf; außerdem ist in beiden — §§ 28, 29 des Gesetzes vom 3. Juni 1900 und §§ 15, 16 NMG. — als Nebenstrafe Einziehung und Bekanntmachung angedroht. Nach dem ersten Gesetze muß aber im Falle des § 26 Nr. 1 die Einziehung ausgesprochen werden, während sie im Falle des § 10 Nr. 1 NMG. in das freie richterliche Ermessen gestellt ist. (Urt. des V. StS. vom 14. Mai 1907, 5 D 78/07). ———e—

1040

III.

Unterschlagung an hinterlegten Geldern (§ 246 StGB.). Nach den bisherigen nicht ganz klaren Feststellungen hat der Angeklagte, der von seiner Firma bevollmächtigt war, die von den Kunden geschuldeten Kaufpreise einzuziehen, die für seine Firma eingezogenen Gelder mit deren Zustimmung bei einem Bankhause, mit dem er in Geschäftsverbindung stand und das ihm einen Kredit von 5000 Mk. eröffnet hatte,



auf seinen Namen hinterlegt. Daß dieses Bankhaus wußte, es handle sich um Gelder der Firma des Angeklagten, ist dem Urteile nicht zu entnehmen. Der Erstrichter verurteilte den Angeklagten wegen Unterschlagung, weil er über die hinterlegten Gelder zu seinen Zwecken verfügte. Voraussetzung für die Annahme einer Unterschlagung ist, daß die Gelder in dem Augenblicke der Zueignung eine dem Angeklagten fremde Sache waren. Mangels einer ausdrücklichen gegenteiligen Feststellung ist davon auszugehen, daß die Hinterlegung der Gelder nicht mit der Maßgabe geschah, daß das Bankhaus gehalten sein sollte, die hinterlegten Geldstücke zur Verfügung des Angeklagten zu halten, daß vielmehr nach der bei derartigen Hinterlegungsverträgen ständigen Uebung das Eigentum an den hinterlegten Geldern auf das Bankhaus überging und dem Angeklagten nur ein Forderungsrecht in der Höhe dieser Gelder gegen das Bankhaus erwuchs (§ 700 BGB.). Machte er dieses Recht sodann durch Abheben der Gelder geltend und zahlte das Bankhaus ihm als forderungsberechtigten Gläubiger die verlangten Beträge aus, so erwarb er das Eigentum an diesen Geldern, zumal das Urteil keinerlei Anhalt dafür gibt, daß etwa der Angeklagte dabei den Willen gehabt und ausgedrückt habe, im Namen seiner Firma und für diese die Zahlungen in Empfang zu nehmen (§ 164 BGB.). Unter diesen Umständen blieb aber für eine Unterschlagung an diesen Geldern kein Raum. (Urt. des V. StS. vom 10. Mai 1907, 5 D 199/07). ———e—

1039

IV.

Schwurgerichtliche Fragestellung (§ 293 StPO.). Dem Angeklagten waren Beamtendelikte im Sinne der §§ 350, 348 Abs. 2, 349 StGB. zur Last gelegt. Da hiernach die Beamteneigenschaft ein Tatbestandsmerkmal ist, so war die Fragestellung so einzurichten, daß die Geschworenen durch ihren Spruch auch darüber zu entscheiden hatten, ob der Angeklagte bei der Begehung Beamter im Sinne des § 359 StGB. war. Die betreffenden Fragen lauten aber im Eingange nur dahin: „Ist der Angeklagte, Stadtsekretär W., schuldig" ꝛc. ꝛc., enthalten nicht die Worte „als Beamter" und bringen nur im Anschluß an den Wortlaut des Gesetzes zum Ausdruck, daß es sich um „in amtlicher Eigenschaft" empfangene Gelder und um „amtlich anvertraute oder zugängliche Urkunden" handelte. Durch die Bejahung dieser Fragen ist allerdings festgestellt, daß zwischen den dienstlichen Pflichten des Angeklagten und der Empfangnahme der Gelder ein unmittelbarer ursächlicher Zusammenhang bestanden hat, sowie daß die Urkunden amtlich in den Gewahrsam des Angeklagten gelangt oder ihm vermöge seiner amtlichen Stellung erreichbar gewesen sind; es fehlt aber die Feststellung, daß der Angeklagte zu der Zeit Beamter war, als er bezüglich der Gelder und Urkunden die ihm vorgeworfenen Pflichtwidrigkeiten beging. Die Bezeichnung des Angeklagten als „Stadtsekretär" reicht nicht aus, um Gewißheit darüber zu geben, daß die Geschworenen auch die Frage nach der Beamteneigenschaft geprüft haben. Der hiernach begründete Verdacht einer Gesetzesverletzung mußte zur Aufhebung des Urteils führen. (Urt. des V. StS. vom 24. Mai 1907, 5 D 317/07). ———e—

1038

Oberstes Landesgericht.

Zivilsachen.

I.

Wird die Erteilung des Erbscheins durch einen Streit über das Erbrecht oder die Größe des Erbteils gehindert? Unzulässigkeit der weiteren Beschwerde, die auf einen Grund gestützt wird, der vor dem Beschwerdegerichte nicht geltend gemacht wurde (BGB. §§ 2353, 2359, 2360; NachlaßO. § 54; FGG. §§ 19, 27). Der am 26. September 1906 verstorbene Privatier Felix H. in W. hat ein eigenhändiges Testament errichtet, in dem er bestimmte: „Mein Wille ist, daß die lebenden Kinder meines verstorbenen Bruders Johann H. und Georg Andreas H. sich nach Abzug der Legate, die ich festsetze, in den verbleibenden Nettobetrag teilen". Zur Zeit des Todes des Felix H. waren zwei Kinder des Johann H.: Felix H., Elisabeth F., und sieben Kinder des Georg Andreas H.: Linus H., Heinrich H., Georg H., Karl H., Margarete H., Betty Sch. und Luise H. am Leben. Die neun Erben haben die Erbschaft angenommen und Erteilung eines gemeinschaftlichen Erbscheins beantragt. Dabei konnten sie sich jedoch über die Größe der Erbteile nicht einigen. Felix H. und Elisabeth F. beanspruchen die Hälfte des Nachlasses als Stammteil, die Kinder des Georg Andreas H. mit Ausnahme des Heinrich H. behaupten, die Erben seien auf Kopfteile eingesetzt. Der Antrag auf Erteilung eines gemeinschaftlichen Erbscheins dieses Inhalts wurde vom Amtsgerichte W. als Nachlaßgericht abgewiesen, weil die Erteilung eines Erbscheins unstatthaft sei, wenn über die Größe der Erbteile Streit besteht und deshalb der Bestimmung, daß der Erbschein die Größe der Erbteile anzugeben hat, nicht genügt werden könne. Hiergegen haben die Antragsteller Beschwerde eingelegt. Das Landgericht hat das Nachlaßgericht angewiesen, den Erben einen gemeinschaftlichen Erbschein zu erteilen, dabei aber die Feststellung der Größe der einzelnen Erbteile dem Nachlaßgericht überlassen. Das Nachlaßgericht hat sodann einen gemeinschaftlichen Erbschein des Inhalts erteilt, daß Sebastian H. von den neun Neffen und Nichten zu je 1/9 beerbt worden sei. Gegen den landgerichtlichen Beschluß und den erteilten Erbschein hat Rechtsanwalt Th. namens der Elisabeth F. und des Felix H. die weitere Beschwerde mit dem Antrag eingelegt, den Beschluß des Landgerichts aufzuheben und das Nachlaßgericht zur Einziehung des Erbscheins anzuweisen. Er macht geltend, die Erteilung eines Erbscheins sei unzulässig, da das Testament eine bestimmte Angabe über die Größe der einzelnen Erbteile nicht enthalte und unter den Erben darüber Streit bestehe. Der Inhalt des Erbscheins sei unrichtig, nach dem Wortlaute des Testaments sei anzunehmen, daß der Nachlaß nach Stämmen geteilt werden solle, daß dies der Wille des Erblassers gewesen sei, gehe aus verschiedenen Umständen hervor, die unter Benennung von Zeugen angeführt werden. Für die Statthaftigkeit des Antrags, die Einziehung des Erbscheins anzuordnen, beruft er sich auf den Beschluß des Reichsgerichts vom 21. September 1905 (Entsch. Bd. 61 S. 273, RJA. Bd. 6 S. 102). Das Oberste Landesgericht hat die weitere Beschwerde, soweit sie Aufhebung des landgerichtlichen Beschlusses und Einziehung des Erbscheins wegen Unstatthaftigkeit der Erteilung bezweckt, zurückgewiesen und soweit die Einziehung des Erbscheins wegen Unrichtigkeit des Inhalts beantragt ist, als unzulässig verworfen.

Aus den Gründen: Soweit die weitere Beschwerde Aufhebung des landgerichtlichen Beschlusses in Verbindung mit der Anordnung der Einziehung des Erbscheins wegen Unstatthaftigkeit der Erteilung bezweckt, ist sie zulässig, aber nicht begründet. Nach den §§ 2353, 2359 BGB. hat das Nachlaßgericht auf Antrag den Erbschein zu erteilen, wenn es die zur Begründung des Antrags erforderlichen Tatsachen für festgestellt erachtet. Zu diesen Tatsachen gehört nicht, daß die Beteiligten über das Erbrecht und die Größe der Erbteile einig sind, selbst die Anhängigkeit eines Rechtsstreits über das Erbrecht schließt nach § 2360 Abs. 1 BGB. die Erteilung des Erbscheins nicht aus. Im § 54 Abs. 1 der Bek. vom 20. März 1903, das Nachlaßwesen betr. (JMBl. S. 111) ist deshalb bestimmt, daß die Entscheidung über die Erteilung eines

Erbscheins nicht aus dem Grunde abgelehnt werden darf, weil über das Erbrecht unter den Beteiligten Streit besteht. Wird die Erteilung des Erbscheins auf Grund einer Verfügung von Todeswegen beantragt, so hat das Nachlaßgericht den Inhalt der Verfügung im Wege der Auslegung festzustellen, dabei ist es von den Ansichten der Beteiligten unabhängig, es ist weder an ihre übereinstimmende Ansicht gebunden noch durch eine Meinungsverschiedenheit gehindert, nach seiner Ueberzeugung zu entscheiden. Das Landgericht hat deshalb mit Recht die Verfügung des Nachlaßgerichts aufgehoben. Ob es sich darauf beschränken durfte, die Erteilung eines Erbscheins anzuordnen, oder auch darüber hätte entscheiden sollen, ob der Erbschein mit dem von den Beschwerdeführern beantragten Inhalte zu erteilen sei, kann dahingestellt bleiben, weil die weitere Beschwerde nicht die Ergänzung des landgerichtlichen Beschlusses sondern seine Aufhebung bezweckt.

Soweit der Antrag der Beschwerdeführer auf die Anordnung gerichtet ist, daß der Erbschein wegen Unrichtigkeit einzuziehen sei, ist die weitere Beschwerde unzulässig. Der vorliegende Fall ist von dem Falle, der den Gegenstand des Beschlusses des Reichsgerichts vom 21. September 1905 gebildet hat, darin verschieden, daß in dem letzteren Falle das Beschwerdegericht auch über den Inhalt des zu erteilenden Erbscheins entschieden und angeordnet hatte, daß der Erbschein mit dem beantragten Inhalt erteilt werde. Die weitere Beschwerde richtete sich nur gegen den Beschluß des Beschwerdegerichts und das Reichsgericht hat sie trotz der erfolgten Erteilung des Erbscheins insoweit für zulässig erklärt, als sie die Anordnung der Einziehung oder Kraftloserklärung des Erbscheins bezweckte. Hier ist aber der Inhalt des erteilten Erbscheins nicht vom Beschwerdegerichte sondern vom Nachlaßgerichte bestimmt worden, mit der weiteren Beschwerde wird daher nicht die Entscheidung des Beschwerdegerichts sondern die des Nachlaßgerichts angefochten und hierzu dient nach den §§ 19, 27 FGG. die Beschwerde, über die das Landgericht zu entscheiden hat, nicht die weitere Beschwerde. Die weitere Beschwerde muß daher insoweit als unzulässig verworfen werden. (Beschluß des I. ZS. vom 25. Mai 1907, Reg. III 32/07).

974 W.

II.

Die §§ 141, 144 BGB. sind nicht auf Verträge anwendbar, die vor dem Inkrafttreten des BGB. geschlossen wurden. Laut notarieller Urkunde vom 22. Februar 1899 verkaufte Heinrich E. in N. für sich und als Bevollmächtigter seiner mit ihm in allgemeiner Gütergemeinschaft lebenden Frau Christiane E. das Grundstück Pl.-Nr. 274 ¹/₂ zu je ¹/₃ an Wilhelm K., Julius L. und Paul N. in N. um 52 000 Mk.; davon wurden 2000 Mk. sogleich gezahlt, für den Rest mit Zinsen wurde eine Hypothek bestellt. Das Grundstück wurde den Käufern übergeben. Die Eintragung der Hypothek und die Berichtigung des Besitztitels erfolgten am 22. Februar 1899. Die Zinsen zahlten die Käufer jährlich vorbehaltslos; nur die am 12. Februar 1905 erfolgte Zahlung eines Zinsenbetrags von 875 Mk. geschah unter dem „Vorbehalt aller Rechte". Die Witwe des 1901 verstorbenen Heinrich E., die nach dessen Tode die Gütergemeinschaft mit ihren Kindern fortsetzte, hatte damals mit der Zwangsvollstreckung für den Fall der Nichtzahlung der Zinsen gedroht. Am 12. Dezember 1905 erhoben die Käufer gegen Christiane E. Klage mit dem Antrage, den Kaufvertrag für nichtig zu erklären und die Beklagte zu verurteilen, das Grundstück zurückzunehmen, in dessen Umschreibung in den öffentlichen Büchern auf ihren Namen zu willigen und den Klägern 25 163,33 Mk. nebst Zinsen zu zahlen. Sie behaupteten, der vereinbarte Kaufpreis habe nicht 52 000 Mk., sondern 60 000 Mk. betragen, und sie hätten nicht bloß 2000 Mk., sondern außerdem sogleich noch 8000 Mk. gezahlt. Der Kaufvertrag sei deshalb ungültig. Die Beklagte bestritt, daß der Kaufpreis unrichtig angegeben sei, und machte geltend, auch wenn dies der Fall wäre, könnten die Kläger den Vertrag nicht anfechten, denn obwohl sie wußten, daß der Vertrag unrichtig beurkundet sei, hätten sie ihn wiederholt bestätigt, und zwar dadurch, daß sie das Grundstück verpachteten, den Rest des Kaufpreises stets verzinsten, im Jahre 1901 das Grundstück in 7 selbständige Grundstücke teilten und diese mehreren Personen zum Kaufe anboten, im folgenden Jahre auch eines davon (Pl.-Nr. 274 ¹/₁₁) verkauften und von ihr den Verzicht auf die Hypothek an zwei anderen erwirkten, ferner sie seit Jahren zum Erlaß eines namhaften Teils ihrer Forderung oder zum Verzicht auf einen Teil ihrer Hypothekenrechte zu bewegen suchten. Im Laufe der Verhandlungen gaben die Kläger zu, einen Teil des Grundstücks verkauft zu haben, behaupteten aber, ihn jederzeit zurückerwerben und der Beklagten zurückgeben zu können. Das LG. wies die Klage ab. Das OLG. wies die Berufung der Kläger zurück. Ihre Revision wurde gleichfalls zurückgewiesen.

Gründe: Es ist festgestellt, daß die Beteiligten als Kaufpreis des Grundstücks 60 000 Mk. vereinbart hatten, bei der Beurkundung aber nur 52 000 Mk. als Kaufpreis angaben. Die auf der Unvollständigkeit der notariellen Beurkundung nach Art. 14 des NotG. von 1861 beruhende Nichtigkeit des Vertrags ist nach der ständigen Rechtsprechung des ObLG. nur die sog. relative Nichtigkeit; der Vertrag ist wirksam, bis die Nichtigkeit auf Klage oder Widerklage durch Urteil festgestellt ist. Das OLG. hat die Einrede der Beklagten für begründet erachtet, die Kläger hätten den Vertrag bestätigt und dadurch das Recht, ihn anzufechten, verloren. Es stellt fest: Die Kläger hätten seit der Schließung des Vertrags bis zum 31. Juli 1905 jährlich die Zinsen aus dem Reste des Kaufpreises vorbehaltslos gezahlt, im Jahre 1901 das Grundstück in 7 Bauplätze geteilt und diese mehreren Personen zum Kaufe angeboten, im Jahre 1902 einen davon verkauft und von der Beklagten den Verzicht auf die Hypothek an zwei anderen erbeten und erwirkt. In diesen Handlungen erblickte das OLG. den stillschweigenden Ausdruck des Willens der Käufer, an dem Vertrage festzuhalten. Es nahm überdies an, diesem Willen der Käufer habe der gleiche Wille der Verkäufer entsprochen, da diese die Zahlung der Zinsen annahmen und auf die ihnen zustehende Hypothek verzichteten. Dadurch sei stillschweigend ein Vertrag zustande gekommen, durch den die Verkäufer und die Käufer auf das Recht verzichteten, den Vertrag anzufechten. Dieser Vertrag habe nicht der im Art. 14 des NotG. von 1861 vorgeschriebenen Form bedurft, sondern nach § 144 BGB. formlos geschlossen werden können, weil er nur den Verzicht auf einen persönlichen Anspruch zum Gegenstande hatte. Die Vorschriften des BGB. seien anzuwenden, weil die Handlungen, aus denen die stillschweigende Schließung des Vertrags abzuleiten sei, nach seinem Inkrafttreten vorgenommen worden seien.

Die Annahme des OLG., daß § 144 BGB. anzuwenden sei, ist irrig. Ob ein im Sinne des § 144 anfechtbares Rechtsgeschäft vorliegt, kann nur nach den Vorschriften des BGB. beurteilt werden, denn jene Vorschrift kann nicht von einem anderen Begriffe der Anfechtbarkeit ausgehen als dem im BGB. bestimmten. Daß ferner die Vorschriften des BGB. darüber, ob und aus welchen Gründen ein Rechtsgeschäft „anfechtbar" ist, nur auf Rechtsgeschäfte anwendbar sind, die unter seiner Herrschaft vorgenommen worden sind, versteht sich von selbst.. Auch die Vorschrift des § 144 kann demnach nur auf Rechtsgeschäfte angewendet werden, die seit dem Inkrafttreten des BGB. vorgenommen worden sind. Seine Anwendung

auf den Vertrag vom 22. Februar 1899 ist daher ausgeschlossen, ganz abgesehen davon, daß der die Gültigkeit des Vertrags beeinträchtigende Mangel überhaupt nicht zu den Mängeln gehört, die nach den allgemeinen Vorschriften des BGB. die „Anfechtbarkeit“ begründen (§§ 119, 120, 123). Ein Rechtsgeschäft, das der durch Gesetz vorgeschriebenen Form ermangelt, ist nach § 125 BGB. „nichtig“. Nach § 141 kann zwar auch ein nichtiges Rechtsgeschäft „bestätigt“ werden. Von der Anwendbarkeit dieser Vorschrift kann aber schon deshalb nicht die Rede sein, weil die Bestätigung in diesem Falle als erneute Vornahme zu beurteilen ist, also der Form bedarf, die vom Gesetze für die Vornahme des Rechtsgeschäfts vorgeschrieben ist. Ob der Mangel des Vertrags vom 22. Februar 1899 geheilt wurde, kann hiernach nur nach dem Gesetze beurteilt werden, unter dessen Herrschaft er geschlossen worden ist. (Es wird dann ausgeführt, daß die Entscheidung des OLG. aus anderen Gründen zutreffend ist). (Urt. des II. ZS. vom 27. Mai 1907, Reg. I 28/07). W.

1001

Oberlandesgericht München.

Grenzen der Haftung eines Postbeamten; eigenes Verschulden des Fiskus als Dienstherrn. In der Nacht vom 8. auf den 9. Juli 1902 kam aus dem Expeditionslokal der Post- und Bahnstation A. ein vom Oberpostamt an diese Station gerichteter Geldbrief im deklarierten Wert von 1509 Mk. abhanden; für den Verlust wurde der auf einige Tage aushilfsweise diensthabende Adjunkt G. vom Postfiskus haftbar gemacht, weil er mangels eines Schlüssels zum Schreibtischfach und Kasseschrank den Geldbrief offen auf dem Schreibtisch liegen gelassen habe. Dadurch habe er dem Dieb Gelegenheit gegeben, ihn durch das nicht mit Läden versehene Fenster zu beobachten, sich über den Verbleib des Geldbriefes zu vergewissern und mittels des vom Stationsdiener nachts ohne Wissen des Adjunkten unter der Bank des Wartesaals (!) verwahrten Schlüssels des Expeditionslokals zu stehlen. Der Adjunkt stellte Haftentbindungsklage, weil ihn angesichts der ungeordneten Zustände auf der Station A. kein vertretbares Verschulden treffe, außerdem aber der Fiskus die einfachsten Rechtsbehelfe zur Erlangung des Ersatzes vom Dieb unterlassen habe. Letzterer habe nämlich in allgemeiner Gütergemeinschaft mit seiner Ehefrau ein Anwesen besessen und aus der Untersuchungshaft seinem Schwager eine Hypothek im Betrage von 4000 Mk. für angebliche Darlehen bestellt, die offenbar anfechtbar gewesen sei. Der Fiskus habe nun allerdings die Subhastation durchgeführt, aber ohne Erfolg, weil der ebengenannte Schwager Meistbietender geblieben und mangels Anfechtung seiner Hypothek auf den Fiskus nichts entfallen sei. Der Kläger aber habe, als auf einer von A. entfernten Station im Dienst, weder die Zeit noch die Informationsmittel gehabt, um sich über das Ergebnis des Strafverfahrens gegen den Dieb zu vergewissern. Der Fiskus machte insbesondere geltend, daß, selbst die Richtigkeit dieser Behauptung unterstellt, das angebliche Verhalten des Fiskus nicht „bei der Entstehung“ des Schadens mitgewirkt habe. Das Landgericht gab der Klage statt und begründete dies damit, daß der Fiskus ausweislich der Subhastationsakten aus der Versteigerungsbekanntmachung hätte ersehen müssen, daß zwischen Erholung seines Hypothekenbuchauszugs und der Beschlagnahme eine den Restwert des Anwesens erschöpfende Hypothek bestellt worden sei; da der Dieb aktenmäßig infolge zahlreicher Postdiebstähle im Besitz beträchtlicher Mittel gewesen, habe er vor seiner Verhaftung keines Darlehens bedurft, nach der Verhaftung aber zweifellos von niemanden mehr eine so beträchtliche Geldsumme geliehen erhalten. Die Anfechtbarkeit dieser Hypothek sei hiernach offensichtlich gewesen; übrigens habe der Fiskus durch seine Beamten an Ort und Stelle leicht die Schwägerschaft des Hypothekgläubigers erfahren und damit die Anfechtung vorbehaltlich des Gegenbeweises ohne weiteres liquid stellen können. Aus den Subhastationsakten ergab sich übrigens weiter, daß der Fiskus die Zwangsversteigerung auf rechtsirriger Grundlage durchgeführt habe; er habe nämlich lediglich den angeblichen ideellen Haftanteil angegriffen, obwohl aus dem Hypothekenbuch die Eigenschaft des Anwesens als neurechtlichen Gesamtguts und damit dessen Vollhaftung für Deliktsschulden des Ehemanns ersichtlich gewesen wäre. So sei es möglich gewesen, daß die Ehefrau des Diebes sogar noch einen Ueberschuß von einigen hundert Mark auf ihren angeblichen Hälfteanteil hinausbezahlt erhalten habe. Der Kläger habe keine selbständige Besitzklage gegen den Dieb, sondern nur das hier wertlose Nacheilerecht gehabt, weil er lediglich Besitzdiener des Postfiskus gewesen (§§ 855, 859, 860 BGB.). Letzterer hafte aus dem Dienstvertrage heraus aber dem Beamten aus § 254 Abs. 2 BGB. ebenso wie umgekehrt, und der Kläger könne außerdem seine Zahlungsweigerung auch darauf gründen, daß die nach §§ 255, 426 BGB. ihm abzutretende anfänglich einbringliche Ersatzforderung des Aerars gegen den Dieb durch fiskalisches Verschulden wertlos geworden sei. Unter allen Umständen hätte der Kläger vom Fiskus befragt werden müssen, ob er mit der Unterlassung weiterer gerichtlicher Maßnahmen einverstanden sei, was ebenfalls nicht geschehen sei. — Die Berufung des Fiskus blieb erfolglos, jedoch aus andern als den erstinstanziellen Gründen: Das OLG. verneint nämlich das fahrlässige Verschulden des Klägers und führte hierzu aus, nach der Beweiserhebung zweiter Instanz sei anzunehmen, daß der Dieb von der Entwendung sich auch nicht durch Einschließung des Geldbriefes in die Tischschublade oder in den Geldschrank hätte abhalten lassen, da er bei einer anderen Gelegenheit auch diese Schublade ohne Schlüssel zu öffnen vermochte und ihm damit auch der dort verwahrte Geldschrankschlüssel zu Gebote gestanden hätte. Der Vorwurf der Fahrlässigkeit sei nur dann begründet, wenn der Schaden objektiv voraussehbar gewesen; für eine ungewöhnliche Gestaltung des Kausalverlaufes brauche der bloß fahrlässige Urheber eines Schadens nicht aufzukommen (vgl. Staudinger, BGB. IIa S. 27 und IIb S. 865). Gegebenenfalls habe der Kläger lediglich damit rechnen können, daß einer der bei der offenen Niederlegung des Geldbriefs anwesenden Stationsbediensteten sich ihn aneignen könnte. Dagegen habe sich der über die bedenkliche Art der Schlüsselaufbewahrung nicht informierte Kläger keineswegs die Möglichkeit vor Augen halten müssen, daß ein fremder Dritter mit dem richtigen Schlüssel das Bureau öffnen könnte, selbst wenn er daran gedacht haben sollte, daß ein Unberufener durch die mit mangelhaften Vorhängen versehenen Fenster ihn beobachten könne. Eine solche Annahme sei dem natürlichen Verlauf der Dinge völlig fern gelegen und es habe die tatsächliche Art und Weise der Diebstahlsausführung eine ganz ungewöhnliche und daher nicht vorauszusehende Gestaltung des Kausalverlaufes gebildet. Wenn es nun auch nicht auf die Voraussehbarkeit aller Einzelheiten ankommen könne, so mußten doch die unbekannten Einzelheiten des konkreten Kausalverlaufs sich innerhalb des Rahmens der gewöhnlichen Erfahrung halten, was hier nicht zutreffe (vgl. RGE. in Straff. Bd. 34 S. 94). Demnach habe der Kläger den ihm nach § 282 BGB. allerdings obliegenden Beweis für die schuldlose Unmöglichkeit der Herausgabe des ihm dienstlich anvertrauten Briefes geliefert und komme es auf ein allen-

fallsiges Mitverschulden des Fiskus nicht weiter an, insbesondere auch nicht auf die Würdigung des in zweiter Instanz festgestellten Umstandes, daß das Zahlungsversprechen des Schwagers des Diebs mangels dessen Unterschrift auf dem fraglichen Administrativprotokoll gerichtlich nicht verfolgbar gewesen sei (§ 766 BGB.). (Urt. vom 8. April 1907; L 388/05).
980 N.

Literatur.

Apt, Dr. jur., Professor, Syndikus der Korporation der Kaufmannschaft von Berlin. Gutachten der Aeltesten der Kaufmannschaft von Berlin über Gebräuche im Handelsverkehr. Neue Sammlung der bis zum 1. April 1907 erstatteten Gutachten. Berlin 1907, Carl Heymanns Verlag. Mk. 10.—.

Die Sammlung bildet einen durch die Veränderung der rechtlichen Grundlagen und die Entwickelung der kaufmännischen Anschauungen nötig gewordenen Ersatz der zunächst von Dove und Apt besorgten, dann von Apt ergänzten Sammlung der Gutachten der Aeltesten der Kaufmannschaft von Berlin über Gebräuche im Handelsverkehr. Sie nimmt ihren Ausgang von Berliner Verhältnissen, verdient aber bei dem Ansehen, dessen sich das Aeltesten-Kollegium erfreut, die Beachtung aller beteiligten Kreise. Eine ausführliche Zusammenstellung der in den Gutachten erläuterten Redewendungen erleichtert die Benützung.
B.

Notizen.

Für die Abfassung der Urteile in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten und in Strafsachen gibt eine Bekanntmachung des Justizministeriums vom 9. September 1907 (JMBl. S. 242 ff.) sehr beherzigenswerte Anweisungen. Der 1. Abschnitt wendet sich zunächst gegen die bekannten Fehler bei der Abfassung der Tatbestände in Zivilstreitsachen, gegen jene endlosen, unübersichtlichen Kompilationen, die in rein mechanischer Weise durch Abschreiben der Schriftsätze, Protokolle und Zwischenentscheidungen hergestellt werden. Mit allem Nachdrucke wird hervorgehoben, daß der Tatbestand nicht eine Darstellung der Prozeßgeschichte sei, sondern den Sach- und Streitstand klarlegen soll, wie er der richterlichen Beurteilung unterliegt. Der 1. Abschnitt verbreitet sich weiter darüber, wie die Entscheidungsgründe gestaltet werden sollen. Die Leitsätze, die er aufstellt, sind kurz, aber ebenso bestimmt als lehrreich.

Der 2. Abschnitt behandelt die Abfassung der Urteile in Strafsachen. Besondere Beachtung verdient der letzte Absatz, der mit vollem Rechte die unzulänglichen, farblosen Redensarten beanstandet, in denen sich die Begründung der Strafzumessung für gewöhnlich bewegt. „In Anbetracht der Roheit der Tat einerseits, der bisherigen Straflosigkeit des Angeklagten anderseits erschien eine Gefängnisstrafe von drei Monaten dem Verschulden des Angeklagten angemessen.“ Solche und ähnliche nichtssagende Wendungen kann man fast in jedem Strafurteile finden. Die ungenügende Begründung der Strafzumessung legt übrigens vielfach den Verdacht nahe, daß schon bei der Fällung des Urteils das richtige Strafmaß nicht mit der erforderlichen Sorgfalt gesucht wurde. Die Bekanntmachung verweist darauf, daß die Gewöhnung an eine genauere Abfassung der die Strafzumessung behandelnden Ausführungen auch eine richtigere Würdigung des Falles und eine individuellere Behandlung des Täters gewährleistet.
1049

Bekanntmachung vom 9. September 1907, die Entlastung der Richter von Schreibarbeit betreffend (JMBl. S. 237). Die Literatur, die sich in den letzten Jahren mit der Reform des deutschen Justizwesens befaßte, hat vielfach darauf hingewiesen, daß der deutsche Richter mit Schreibwerk überlastet und dadurch mehr oder minder seiner eigentlichen richterlichen Tätigkeit entzogen sei. Die Klage ist in mancher Hinsicht nicht unberechtigt. Verschiedene Bundesstaaten haben daher schon Anlaß genommen, im Verwaltungswege auf die Entlastung des Richters von Schreibarbeit hinzuwirken (vgl. die preußische Allg. Verfügung vom 25. April 1906 — JMBl. S. 112 — und die sächsische Verordnung vom 28. September 1906 — JMBl. S. 87 —). Die Entlastung suchte man hier hauptsächlich dadurch zu erreichen, daß man den Gerichtsschreiber anwies, bestimmte, einzeln aufgeführte richterliche Geschäfte (z. B. Kostenfestsetzungsbeschlüsse, Versäumnisurteile) „aus eigener Entschließung“, aber unter der Verantwortung des Richters im Entwurf zu erledigen, während in anderen, wieder einzeln aufgeführten Angelegenheiten der Gerichtsschreiber den Entwurf nach schriftlicher oder mündlicher Anordnung des Richters anfertigen soll. Einen anderen Weg hat die bayerische Bekanntmachung eingeschlagen. Sie enthält sich der Weisung, daß gewisse richterliche Verfügungen vom Gerichtsschreiber entworfen werden müssen. Sie beschränkt sich darauf, die Zuziehung der Gerichtsschreiberei zur Bewältigung der richterlichen Geschäfte unter der allgemeinen Voraussetzung zu gestatten, daß der Richter nach der Einfachheit oder Häufigkeit der in Frage stehenden Verfügung u. a. dem Gerichtsschreiber oder Kanzlisten die Anfertigung eines geeigneten Entwurfs zumuten kann. Die dann aufgezählten Geschäfte sollen nur Beispiele für die Verwendung der Hilfsbeamten sein. Die Aufzählung will nicht erschöpfend sein, anderseits will sie die eigene Tätigkeit des Richters nicht ausschließen. In dieser Hinsicht bringt die Bekanntmachung für viele Gerichte wenig Neues. Es war schon bisher vielfach üblich, in dem angedeuteten Umfange das Personal der Gerichtsschreibereien zur Hilfeleistung im richterlichen Dienste heranzuziehen. Trotzdem ist die Bekanntmachung zu begrüßen; sie stellt die bisher hier und da bestrittene Befugnis des Richters, sich in einfacheren Sachen der Hilfe der Gerichtsschreiberei zu bedienen, (auch gegenüber ängstlichen Gerichtsvorständen) klar. Die in den Abs. III bis V angebahnte Erleichterung bei der Abfassung von Urteilen und sonstigen umfangreicheren Entscheidungen dürfte namentlich für die stark belasteten Schöffenrichter der großen Städte von Wert sein. Die Gerichtsvorstände sind angewiesen worden, der Ausführung der Bekanntmachung ihre besondere Aufmerksamkeit zu widmen. Selbstverständlich kann sich der Uebergang, soweit er in Betracht kommt, nur allmählich vollziehen, entsprechend der allgemeinen Geschäftslage des Gerichts und der Größe der Geschäftsaufgabe des Richters. Bei manchen kleineren Gerichten ist eine Entlastung der Richter kein dringendes Bedürfnis. Hier kann schon durch die Anschaffung möglichst vieler Formulare und Stempel geholfen werden, auf deren Verwendung die Bekanntmachung großen Wert legt.
1050

Für die Redaktion verantwortl.: J. V. Joseph Bleyer
II. Staatsanwalt, verw. im Staatsministerium d. Justiz.

Eigentum von J. Schweitzer Verlag (Arthur Sellier) in München.
Druck von Dr. Franz Paul Datterer & Cie., G. m. b. H., Freising.

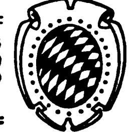


Nr. 21. München, den 1. November 1907. 3. Jahrg.

Zeitschrift für Rechtspflege in Bayern

Herausgegeben von
Th. von der Pfordten
K. Landgerichtsrat, verw. im K. Bayer. Staatsministerium der Justiz.

Verlag von
J. Schweitzer Verlag
(Arthur Sellier)
in München, Lenbachplatz 1.



Die Zeitschrift erscheint am 1. und 15. jeden Monats im Umfange von mindestens 2 Bogen. Preis vierteljährlich Mk. 3.—. Bestellungen übernimmt jede Buchhandlung und Postanstalt (Postzeitungsliste für Bayern Nr. 974a).

Redaktion und Expedition: München, Lenbachplatz 1. Insertionsgebühr 30 Pfg. für die halbgespaltene Petitzeile oder deren Raum. Bei Wiederholungen Rabatt. Stellenanzeigen 20 Pfg. Beilagen nach Uebereinkunft.

Zum Entwurf eines Gesetzes, betr. Aenderungen des Gerichtsverfassungsgesetzes, der Zivilprozeßordnung, des Gerichtskostengesetzes und der Gebührenordnung für Rechtsanwälte.

Von Professor **Dr. L. v. Seuffert** in München.

In der Beilage zum Deutschen Reichsanzeiger vom 5. Oktober 1907 Nr. 238 ist der oben bezeichnete Gesetzentwurf mit Begründung veröffentlicht. Der Entwurf hat zwar zurzeit den Bundesrat noch nicht passiert. Es ist aber zu erwarten, daß er ohne wesentliche Aenderungen vom Bundesrat angenommen werden wird, da er das Ergebnis ausgiebiger Vorberatungen der verbündeten Regierungen ist, und daß er dem Reichstage bei dessen Zusammentritt alsbald vorgelegt werden wird. Deshalb rechtfertigt es sich, den Entwurf schon in diesem Stadium zu besprechen.

Den clou des Gesetzentwurfs bildet die Aenderung des § 23 Nr. 1 GVG., die die sachliche Zuständigkeit der Amtsgerichte in Streitigkeiten über vermögensrechtliche Ansprüche von dreihundert auf achthundert Mark erhöht. Für und gegen die Erhöhung der amtsgerichtlichen Zuständigkeit ist schon soviel geredet und geschrieben worden, daß es kaum möglich ist, darüber etwas neues vorzubringen. In der offiziellen Begründung wird die Erhöhung in erster Linie mit dem Umschwung in den wirtschaftlichen Verhältnissen gerechtfertigt, der seit dem Zeitpunkte des Inkrafttretens der deutschen Justizgesetze (1. Okt. 1879) sich vollzogen habe. Gemeint ist wohl das Sinken des Geldwerts und die damit verbundene Steigerung der Preise. Ob sich damit die Erhöhung auf mehr als das Doppelte begründen läßt, möchte ich bezweifeln; denn in diesem Maße ist der Geldwert nicht gesunken. In zweiter Linie wird die Erhöhung begründet mit dem Anwachsen der Geschäfte bei den Gerichten. Nach den statistischen Feststellungen betrug die Zahl der erstinstanzlichen Prozesse im Jahre 1881 bei den Amtsgerichten 1062936, bei den Landgerichten 153138; im Jahre 1905 ist sie bei den Amtsgerichten auf 2117612, also um 99,4% und bei den Landgerichten auf 313787 also um 104,9% gestiegen. Viel größer ist der Unterschied in der Geschäftsverschiebung bei den Landgerichten und den Amtsgerichten, wenn man die Zahl der von den Amtsgerichten und der von Landgerichten in erster Instanz erlassenen Endurteile unter Ausschaltung der Versäumnisurteile, der Verzichts- und Anerkenntnisurteile und der nach bedingten Endurteilen ergehenden Läuterungsurteile miteinander vergleicht. Während die Zahl jener Urteile bei den Amtsgerichten von 218346 im Jahre 1881 auf 240792 im Jahre 1905, also nur um 10,3 % gestiegen ist, beträgt die Steigerung bei den Landgerichten 88,9 %, da landgerichtliche Urteile der bezeichneten Art im Jahre 1881 40373, im Jahre 1905 aber 76254 erlassen worden sind. In noch stärkerem Maße ist die Geschäftslast bei den Oberlandesgerichten gewachsen. Die Zahl der bei diesen anhängig gemachten ordentlichen Prozesse einschließlich der Urkunden- und Wechselprozesse betrug im Jahre 1881 13728, im Jahre 1905 34194 und die Zahl der von ihnen erlassenen Endurteile, abgesehen von den Endurteilen auf Versäumnis, Verzicht, Anerkenntnis und zur Erledigung eines bedingten Endurteils, im Jahre 1881 9826, im Jahre 1905 23076. In dem Zeitraume von 1881 bis 1905 ist also bei den Oberlandesgerichten die Zahl der Prozesse um 149,1 % und die Zahl der erlassenen Endurteile um 134,8 % gestiegen. Aus diesen Ziffern folgern die Verfasser der Motive das Bedürfnis nach einer Entlastung der Landgerichte und der Oberlandesgerichte. Man könnte daraus aber auch einen anderen Schluß ziehen, nämlich den, daß eine stärkere Mehrung des Richterpersonals bei den Kollegialgerichten notwendig ist, als sie seit 1881 stattgefunden hat. Freilich das kostet Geld! Und eine Einsparung bei der Justizpflege liegt offenbar in der Tendenz der Novelle. Recht wenig schmeichelhaft für unsere Juristen und meiner Ueberzeugung nach unrichtig ist die in der Begründung vorkommende Behauptung, daß die Besetzung des Vorsitzes in (vermehrten) Kammern der Landgerichte und die Besetzung der Mitgliederstellen der Oberlandesgerichte

erhebliche Schwierigkeiten hervorrufe, wenn man die Anforderungen an die dafür zu berufenden Richter nicht in einer für die Rechtspflege nachteiligen Weise herabsetzen wolle. Gibt es wirklich in Deutschland nicht genug Juristen, die zu Vorsitzenden in den Kammern der Landgerichte und zu Oberlandesgerichtsräten qualifiziert sind? Und reichen denn wirklich für einen Amtsrichter geringere Kenntnisse und Fähigkeiten aus?

Ich stehe dem Vorschlag einer Erhöhung der amtsgerichtlichen Zuständigkeit auf 800 Mk. skeptisch gegenüber. Nur eine kleine Erhöhung auf 400 oder etwa noch auf 500 Mk. könnte ich annehmen. Ich bin überzeugt, daß die Erhöhung auf 800 Mk. die Lebensfähigkeit zahlreicher Landgerichte sehr stark gefährden würde. Nach dem, was ich darüber erfahren habe, würde dies insbesondere in Ostpreußen der Fall sein. Die Einziehung von Landgerichten halte ich aber für eine soziale Missetat nicht etwa bloß gegenüber den zahlreichen jungen Juristen, sondern auch gegenüber der Bevölkerung, der durch die mit der Einziehung von Landgerichten eintretende Vergrößerung der Gerichtsbezirke der Rechtsweg erschwert würde. Daß auch die Verfasser des Entwurfs daran glauben, daß bei Erhöhung der amtsgerichtlichen Zuständigkeit auf 800 Mk. die Landgerichte nicht mehr genügend beschäftigt sein werden, ist aus der in Art. VIII des Entwurfs vorgeschlagenen Bestimmung ersichtlich. Nach § 8 Abs. 3 GVG. können bei einer Veränderung in der Organisation der Gerichte oder ihrer Bezirke unfreiwillige Versetzungen der Richter an ein anderes Gericht oder Entfernungen vom Amte unter Belassung des vollen Gehalts durch die Landesjustizverwaltung verfügt werden. Nach Art. VIII des Entwurfs soll diese Vorschrift innerhalb dreier Jahre nach dem Inkrafttreten der Novelle bei notwendiger Einziehung von Richterstellen Anwendung finden.

Als ein Mittel, um die Lebensfähigkeit kleinerer Landgerichte zu erhalten, schlägt der Entwurf vor, in einem Zusatze zu § 58 GVG. zu bestimmen, daß die Mitglieder des Landgerichts gleichzeitig Amtsrichter am Sitze des Landgerichts sein können. Ein gleichzeitig bei zwei verschiedenen Gerichten angestellter Richter ist eine ganz neue Erfindung. Es dürfte sich aber nicht lohnen, diese Erfindung patentieren zu lassen. Denn ein solches Richteramphibium wird in der Praxis eine schwierige Stellung haben. Geschäftskollisionen werden nicht leicht zu vermeiden sein. Auch, daß die ständigen Kollegen des Landrichters, der als Amtsrichter in erster Instanz geurteilt hat, über die Berufung gegen dessen Urteile zu entscheiden haben, scheint mir nicht ganz unbedenklich zu sein. Würde die Neuerung eingeführt, so entstünde die Frage: muß sich ein Mitglied des Landgerichts gefallen lassen, daß es auch als Amtsrichter verwendet wird? Ich glaube das auf Grund des § 8 Abs. 1 des GVG. verneinen zu müssen. Daß ein Amtsrichter wider seinen Willen zum gleichzeitigen Mitgliede des Landgerichts bestellt werden kann, ist ebenfalls ausgeschlossen.

Die Feriensachen sollen durch Aenderung der §§ 202, 204 GVG. vermehrt werden. Das Amtsgericht muß nach dem Entwurf jede Sache auf Antrag als Feriensache bezeichnen. Wenn aber die Verhandlung kontradiktorisch wird, ist dieser Beschluß wieder aufzuheben, sofern nicht die Sache besonderer Beschleunigung bedarf. Das Kostenfestsetzungsverfahren wird unter die gesetzlichen Feriensachen eingefügt.

Die zu §§ 103 bis 109, 794 Nr. 2a ZPO. geplanten Aenderungen betreffen das Verfahren bei der Kostenfestsetzung. Nach dem jetzigen Recht erfolgt die Entscheidung durch das Prozeßgericht erster Instanz. Nach dem Entwurfe soll die Entscheidung zunächst durch den Gerichtsschreiber erfolgen. Die Entscheidung des Gerichtsschreibers bildet einen Vollstreckungstitel. Gegen die Entscheidung des Gerichtsschreibers können binnen einer zweiwöchigen Notfrist (kostenlos) Erinnerungen erhoben werden, über die das Prozeßgericht durch Beschluß zu entscheiden hat. Gegen die Entscheidung des Gerichtes findet dann die sofortige Beschwerde statt.

Nach dem jetzt geltenden Rechte (§ 105 Abs. 2 ZPO.) kann sich das Gericht bei Prüfung des Festsetzungsgesuchs der Hilfe des Gerichtsschreibers bedienen und tatsächlich wird von dieser Befugnis ausgiebig Gebrauch gemacht. Ich habe kein Bedenken dagegen, daß die primäre Entscheidung der Gerichtsschreiberei ganz übertragen wird. Nur möchte ich anregen, den gegen die Entscheidung des Gerichtsschreibers geltend gemachten Erinnerungen aufschiebende Wirkung beizulegen.

In einem Zusatze zu § 141 ZPO. ist die Bestimmung vorgesehen, daß das Gericht die Parteien von Amts wegen zu laden hat, wenn deren persönliches Erscheinen angeordnet wird, und daß diese Ladung der Partei selbst zuzustellen ist, auch wenn sie einen Prozeßbevollmächtigten bestellt hat. Das ist zweckmäßig, weil dadurch verhütet wird, daß der Prozeßbevollmächtigte es unterläßt, seine Partei von der Anordnung in Kenntnis zu setzen.

§ 157 ZPO. soll nach zwei Richtungen ergänzt werden. Dem Gerichte soll die Befugnis eingeräumt werden, einer Partei, die einen ihr abgetretenen Anspruch geltend macht, den Vortrag zu untersagen, wenn die Partei das mündliche Verhandeln vor Gericht geschäftsmäßig betreibt und ihr nach der Ueberzeugung des Gerichts der Anspruch abgetreten ist, um eine Zurückweisung auf Grund der Vorschrift des Abs. 1 zu vermeiden. Große Bedeutung kann ich diesem Vorschlage nicht beimessen, da es schwierig sein dürfte, den zur Zurückweisung erforderlichen Zweck der Abtretung festzustellen. Auch ergeben sich sonderbare Konsequenzen. Die Abtretung, welche zu dem an-

gegebenen Zweck erfolgt, ist zivilrechtlich wirksam, denn sie ist keine Scheinabtretung. Es müßte also, um dem Zedenten die Geltendmachung des Anspruchs zu ermöglichen, eine Rückzession stattfinden. Nun hat aber nach § 265 Abs. 2 Satz 1 ZPO. die Abtretung nach Eintritt der Rechtshängigkeit auf den Prozeß keinen Einfluß. Wie soll sich nun der Ausgang des Prozesses gestalten? In dem Termin, in welchem der Zessionar zurückgewiesen worden ist, kann kein Versäumnisurteil gegen ihn ergehen (vgl. § 158 Satz 2 ZPO.). Der Rückzessionar ist nicht berechtigt, ohne Zustimmung des Gegners den Prozeß als Hauptpartei zu übernehmen (§ 265 Abs. 2 Satz 2 ZPO.). Träte der Rechtskonsulent in dem nächsten Termine wieder auf und würde er wieder zurückgewiesen, so könnte ein Versäumnisurteil auf Abweisung der Klage gegen ihn beantragt werden (arg. § 158 Satz 2, § 330 ZPO.). Der Konsulent wird also wohl für die mündliche Verhandlung jemand anderen bevollmächtigen. Was ist damit erreicht?

Die andere Ergänzung des § 157 geht dahin, daß die Justizverwaltung die Zulassung der sog. Rechtskonsulenten künftig auf diejenigen Orte beschränken soll, an denen nicht mindestens zwei Rechtsanwälte vorhanden sind.

Sehr wesentlich verändert sollen die Vorschriften der §§ 496 bis 510 über das Verfahren vor den Amtsgerichten werden. Ich kann nicht ohne Ueberschreitung des mir in dieser Zeitschrift zur Verfügung stehenden Raumes alle Einzelheiten anführen, sondern muß mich darauf beschränken, die grundsätzlichen Aenderungen darzustellen und diejenigen Punkte hervorzuheben, gegen welche ich Bedenken habe.

In Anlehnung an das Gewerbegerichtsgesetz § 32 will der Entwurf eine Beschleunigung und Verbilligung des amtsgerichtlichen Verfahrens vor allem dadurch erreichen, daß für das Verfahren bis zum Erlasse des Urteils an Stelle des Parteibetriebs der Amtsbetrieb in vollem Umfang eingeführt wird. Die Durchführung der Zustellungen und Ladungen von Amts wegen erspart den Parteien einerseits Zeit und Arbeit und bringt ihnen anderseits insofern eine erhebliche Entlastung, als für die von Amts wegen bewirkten Zustellungen nach dem geltenden Rechte weder Gebühren noch Auslagen erhoben werden. Diese Neuerung kann ich nur freudig begrüßen. Ich bin bereits im Jahre 1892, als die Aenderungen der Zivilprozeßordnung aus Anlaß der bevorstehenden Einführung des bürgerlichen Gesetzbuchs vorberaten wurden, in einem in der Ztschr. f. d. Zivilprozeß Bd. XVII S. 277 ff. erschienenen Aufsatze dafür eingetreten, daß für den g a n z e n Zivilprozeß an Stelle des Prozeßbetriebs durch die Parteien der Betrieb durch das Gericht eingeführt werden möge. Was ich damals anregte, soll jetzt zwar nicht für den ganzen Zivilprozeß, aber doch für den Amtsgerichtsprozeß bestimmt werden. Warum n u r für diesen, vermag ich allerdings nicht einzusehen. Die Reichstagskommission, die mit der Beratung über die geplante Novelle betraut werden wird, dürfte zu erwägen haben, ob man nicht die Neuerung auf den ganzen Prozeß ausdehnen soll.

Mit der Neuerung hängt die Bestimmung des § 496 Abs. 3 des Entwurfs zusammen, wonach die Wahrung einer Frist und die Unterbrechung der Verjährung nicht erst mit der Zustellung, sondern schon mit der Einreichung der Klage sowie sonstiger Anträge und Erklärungen bei Gericht oder mit der Anbringung zum Protokoll des Gerichtsschreibers eintritt, sofern die Zustellung binnen einer Frist von zwei Wochen, bei Zustellung mittels Ersuchen anderer Behörden oder Beamten (im Auslande) oder mittels öffentlicher Bekanntmachung innerhalb einer Frist von sechs Monaten erfolgt. Der Hauptsatz dieser Bestimmung ist sicher richtig; denn wenn die Partei nicht für die Zustellung zu sorgen hat, hat sie mit der Einreichung des Schriftstücks oder mit der protokollarischen Erklärung getan, was s i e tun kann, um die Frist zu wahren oder die Verjährung zu unterbrechen. Bedenken habe ich gegen den Nebensatz „sofern die Zustellung ..... erfolgt". Gewiß werden die Zustellungen regelmäßig innerhalb der im Nebensatz angegebenen Zeiträume erfolgen. Aber, wenn das aus Versehen einmal nicht geschieht, warum soll dann die Partei, welche zur Wahrung der Frist oder zur Unterbrechung der Verjährung das ihrige getan hat, den Schaden davon haben? Ich möchte daher anregen, den Nebensatz zu streichen.

Ganz zweckmäßig ist die Vorschrift in § 497 Abs. 2 des Entwurfs, wonach eine Ladung der Partei nicht erforderlich ist, wenn der Termin der Partei bei Einreichung oder Anbringung der Klage oder des Antrags, auf Grund dessen die Terminsbestimmung stattfindet, mitgeteilt worden ist.

Richtig ist der in § 498 Abs. 2 des Entwurfs enthaltene Satz, daß die Klage unbeschadet der Bestimmung in § 496 Abs. 3 (über die Wahrung der Fristen und die Unterbrechung der Verjährung) erst mit der Zustellung der Klage als erhoben gilt. Es treten also mit der erwähnten Ausnahme die prozeßrechtlichen und die zivilrechtlichen Wirkungen der Rechtshängigkeit erst mit der Zustellung der Klage ein. Meines Erachtens braucht das aber nicht in den neuen Vorschriften besonders ausgesprochen zu werden, da es sich bereits aus § 263 Abs. 1 und § 267 ZPO. ergibt.

Nach § 496 Abs. 6 des Entwurfs erfolgt die Ausfertigung der Urteile, sofern nicht von der Partei ein Anderes beantragt wird, unter Weglassung des Tatbestandes und der Entscheidungsgründe. Die Zustellung einer solchen Ausfertigung steht in den Wirkungen der Zustellung des vollständigen Urteils gleich. Durch die Neuerung soll unnötiges Schreibwerk erspart werden. Daß

die Zustellung der Urteilsformel zur Vollstreckung genügt (vgl. § 750), ist nicht zu beanstanden. Man wird aber überlegen müssen, ob es zweckmäßig ist, an die Zustellung des unvollständigen Urteils auch den Beginn der Berufungsfrist zu knüpfen. Denn die Partei kann sich ohne Kenntnis der Entscheidungsgründe nicht wohl darüber schlüssig machen, ob sie Berufung ergreifen will. Nun kann sie sich natürlich selbst eine Abschrift des vollständigen Urteils geben lassen. Aber darüber kann immerhin einige Zeit verstreichen, so daß die Frist zur Ueberlegung erheblich gekürzt wird.

Die Vorschriften über die Einlassungsfrist im amtsgerichtlichen Verfahren (jetzt § 498) sind in dem Entwurfe (§ 499) nicht wesentlich verändert. Nur insofern weicht der Entwurf von dem geltenden Rechte ab, als er die dreitägige Frist nicht bloß für die Zustellungen im Bezirke des Prozeßgerichts, sondern auch für diejenigen Zustellungen vorsieht, welche zwar außerhalb des Bezirks des Prozeßgerichts, aber an einem Ort erfolgen, von dem ein Teil zu diesem Bezirke gehört. Im Anschlusse hieran räumt Art. V des Entwurfs dem Bundesrate die Befugnis ein, zu bestimmen, daß benachbarte Orte als ein Ort im Sinne des § 499 anzusehen sind. Die vorgeschlagene Aenderung steht im Zusammenhang mit der neuen Berliner Gerichtsorganisation.

Ganz neu ist die Vorschrift in § 501 des Entwurfs. Sie lautet:

„Das Gericht kann Anordnungen, die nach der Klageschrift oder den vorbereitenden Schriftsätzen zur Aufklärung des Sachverhältnisses dienlich erscheinen, schon vor der mündlichen Verhandlung treffen. Das Gericht kann insbesondere:

1. den Parteien die Vorlegung der in ihren Händen befindlichen Urkunden, auf welche sie sich bezogen haben, sowie die Vorlegung von Stammbäumen, Plänen, Rissen und sonstigen Zeichnungen aufgeben;
2. öffentliche Behörden oder öffentliche Beamte um Mitteilung von Urkunden, auf welche eine Partei sich bezogen hat, ersuchen;
3. amtliche Auskünfte von Behörden einziehen;
4. Zeugen und Sachverständige zur mündlichen Verhandlung laden;
5. das persönliche Erscheinen der Parteien anordnen;
6. die Einnahme des Augenscheins sowie die Begutachtung durch Sachverständige anordnen.

Bevor eine mündliche Verhandlung stattgefunden hat, soll eine Anordnung der unter Nr. 4 und 6 bezeichneten Art nur ergehen, wenn der Beklagte in einem vorbereitenden Schriftsatze dem Klagantrag widersprochen hat und wenn die Anordnung den Parteien entweder besondere Kosten nicht verursacht oder zur Vermeidung wesentlicher Nachteile geboten erscheint oder von beiden Parteien beantragt wird.

Die Parteien sind von der Anordnung zu benachrichtigen. Wird das persönliche Erscheinen der Parteien angeordnet, so findet die Vorschrift des § 141 Satz 2 Anwendung."

In der Begründung heißt es, der Entwurf folge hier der österreichischen Zivilprozeßordnung. Gemeint sind vermutlich die §§ 229 und 438 dieser Prozeßordnung, die aber von dem vorgeschlagenen Paragraphen erheblich abweichen.

In das Beweisrecht sollen diese Vorschriften nicht eingreifen. Die Befugnis des Gerichts, einen Beweis von Amts wegen zu erheben, soll nicht erweitert, sondern das Gericht nur ermächtigt werden, in Fällen, in denen eine kontradiktorische Verhandlung nach Lage der Sache wahrscheinlich ist, die Verhandlung insbesondere durch Bereitstellung der Beweismittel soweit vorzubereiten, daß sie möglichst in einem Termin erledigt werden kann.

Ich stehe der Praxis zu fern, um über das Bedürfnis nach derartiger Vorbereitung der mündlichen Verhandlung ein Urteil auszusprechen. Ganz unbedenklich scheint mir die Neuerung nicht, weil sie dem Amtsrichter sehr Schwieriges zumutet. Ein vielbeschäftigter Amtsrichter wird kaum Zeit haben, sich mit den anhängig gewordenen Prozessen schon vor der Verhandlung so eingehend zu befassen, daß er die seinem Ermessen den weitesten Spielraum lassenden Bestimmungen dieses Paragraphen häufig anwendet. Und wie sich die Sache in der mündlichen Verhandlung gestalten wird, kann der Amtsrichter auch nach dem sorgfältigsten Aktenstudium nicht mit Sicherheit voraussehen.

Nach dem jetzigen § 505 hat das Amtsgericht, wenn es sich für sachlich unzuständig erachtet, die Klage durch Urteil von hier abzuweisen und zugleich die Sache an das Landgericht zu verweisen, falls der Kläger dies beantragt. Das Urteil unterliegt der Berufung. Der Rechtsstreit gilt als bei dem Landgericht anhängig, wenn das Urteil rechtskräftig ist. Nach dem vorgeschlagenen § 505 soll die Verweisung an das zuständige Gericht auf Antrag des Klägers nicht bloß bei sachlicher Unzuständigkeit, sondern auch bei örtlicher Unzuständigkeit ausgesprochen werden, sofern das zuständige Gericht von dem angegangenen Gerichte bestimmt werden kann. Die Unzuständigkeitserklärung samt der Verweisung soll nicht durch Urteil, sondern durch Beschluß erfolgen. Eine Anfechtung des Beschlusses soll ausgeschlossen werden, so daß mit der Verkündung des Beschlusses der Rechtsstreit bei dem im Beschlusse bezeichneten Gericht anhängig wird. Der Beschluß soll für das Gericht, an welches der Rechtsstreit verwiesen wird, bindend sein. Die Neuerung lehnt sich an den § 506 der jetzigen ZPO. an. In diesem Paragraphen ist seit der Novelle von 1898 die Beschlußform für die Entscheidung angeordnet, durch welche das Amtsgericht seine Unzuständig-

keit auszusprechen und den Rechtsstreit an das Landgericht zu verweisen hat, wenn durch Widerklage oder durch Erweiterung der Klage der Streitgegenstand über die sachliche Zuständigkeit des Amtsgerichts hinausgewachsen ist. Ich hege Zweifel darüber, ob es zweckmäßig ist, die Beschlußform auf die örtliche Unzuständigkeit auszudehnen und den Beschluß der Anfechtung zu entziehen. Die Vorschriften über die sachliche Zuständigkeit sind so einfach, daß Fehlgriffe nicht leicht vorkommen werden. Nicht so verhält es sich mit den Vorschriften über den Gerichtsstand. Diese sind ziemlich kompliziert. Aus der Veröffentlichung über die Rechtsprechung glaube ich entnehmen zu können, daß über die örtliche Zuständigkeit viel öfter gestritten wird, als über die sachliche. Empfiehlt es sich, unter diesen Umständen dem Amtsgerichte die Befugnis beizulegen, über die örtliche Zuständigkeit durch einen unanfechtbaren, für das andere Gericht bindenden Beschluß zu entscheiden? Das Landgericht kann das nicht! Sonderbar ist die in der Begründung des Entwurfs zu § 505 vorkommende Behauptung, das Verfahren nach dem geltenden Gesetze biete dem böswilligen Schuldner die Handhabe, den Prozeß zu verschleppen, da der Rechtsstreit erst von der Rechtskraft des Verweisungsurteils als bei dem Landgericht anhängig gelte. Wenn der Kläger auf das Rechtsmittel der Berufung gegen das Verweisungsurteil verzichtet, tritt sofort die Rechtskraft und damit die Rechtshängigkeit bei dem Landgericht ein. Wie soll es der Schuldner anstellen, den Prozeß zu verschleppen?

In dem dem § 508 ZPO. entsprechenden § 507 des Entwurfs ist lediglich ein Versehen berichtigt, das durch das Zitat des § 261 Abs. 2 als eines nicht anwendbaren Paragraphen bei der Redaktion der Novelle von 1898 unterlaufen war.[1])

Der neue § 508 trifft einige Sonderbestimmungen über das Versäumnisverfahren. Der Gerichtsschreiber hat die Zustellung des Versäumnisurteils zu vermitteln, wenn nicht die Partei, welche das Urteil erwirkt, erklärt hat, selbst einen Gerichtsvollzieher mit der Zustellung beauftragen zu wollen. Die Einspruchsfrist wird für die amtsgerichtlichen Urteile auf eine Woche herabgesetzt. Die Einlegung des Einspruchs soll nicht, wie bisher, durch Zustellung eines Schriftsatzes, sondern durch Einreichung der Erklärung bei dem Gericht oder durch Erklärung zu Protokoll des Gerichtsschreibers erfolgen. Die Ladung erfolgt dann von Amts wegen. Dagegen ist nichts zu erinnern. In der Formel des Versäumnisurteils soll der Partei eröffnet werden, in welcher Form und Frist der Einspruch zusteht. Diese Vorschrift paßt nicht recht für die Versäumnisurteile, gegen welche kein Einspruch zulässig ist (§ 238 Abs. 2 und § 345 ZPO.). Soll etwa in diesen Fällen der Partei eröffnet werden, daß ihr kein Einspruch, sondern Berufung aus dem in § 513 Abs. 2 ZPO. angegebenen Grunde zusteht? Wird die vorgeschlagene Vorschrift, wonach die Belehrung der Parteien über Form und Frist des Einspruchs in die Urteilsformel einzustellen ist, angenommen, so muß wohl auch bestimmt werden, daß die Einspruchsfrist nur durch Zustellung eines Urteils eröffnet wird, das die Belehrung enthält. Ferner muß der Partei, welche das Versäumnisurteil erwirkt hat, die Möglichkeit gewährt werden, die Nachholung der Belehrung herbeizuführen, wenn diese versehentlich nicht in das Urteil eingestellt worden ist. Dazu wäre ein einfacheres Verfahren, als das in § 321 ZPO. vorgesehene, anzuordnen. Komplikationen können sich ergeben, wenn sich erst nach Verkündung des Urteils herausstellt, daß dessen Zustellung im Auslande oder durch öffentliche Bekanntmachung erfolgen muß, weil in diesem Falle die Einspruchsfrist durch einen besonderen Beschluß zu bestimmen ist (vgl. § 339 Abs. 2 ZPO.).

Einiges Bedenken habe ich gegen die Vorschrift des neuen § 509 Abs. 2, wonach die Beeidigung der Zeugen und Sachverständigen nur erfolgen soll, wenn sie von dem Gerichte zur Herbeiführung einer wahrheitsgemäßen Aussage für notwendig erachtet oder von einer Partei vor Abschluß der Vernehmung beantragt wird. Um ihr Antragsrecht nicht zu verlieren, muß die Partei also auch in jedem Termin erscheinen, der zur Beweiserhebung bei einem beauftragten Richter anberaumt wird; das macht Kosten! Auch wird ein Beeidigungsantrag der Partei leicht als ein Mißtrauensvotum gegen den Zeugen ꝛc. aufgefaßt werden und der Zeuge ꝛc. wird gegen den Antragsteller verstimmt werden. Solche Verstimmung kann aber in Ansehung der Aussage gefährlich werden, selbst wenn sie bloß die Färbung der Aussage beeinflußt.

Unbedenklich, aber ohne bedeutenden praktischen Wert, ist die Vorschrift des neuen § 510b, die ebenso wie § 32 des Gewerbegerichtsgesetzes für den Fall der Verurteilung des Beklagten zur Vornahme einer Handlung die Möglichkeit verschafft, gegen den Beklagten, welcher dem Urteil nicht innerhalb einer bestimmten Frist Folge leistet, den Anspruch auf Schadensersatz ohne Erhebung einer neuen Klage durch einen vor der Verurteilung zu stellenden Eventualantrag geltend zu machen. Wird der Beklagte auf Grund eines solchen Antrags für den Fall der Nichtvornahme der Handlung zur Zahlung einer Entschädigung verurteilt, so soll die Zwangsvollstreckung nach §§ 887, 888 ausgeschlossen werden, was der Entwurf in dem neu einzustellenden § 888a bestimmen will.

(Schluß folgt.)

---

[1]) Vgl. meinen Komm. z. ZPO. 10. Aufl. N. 1 § 508.

Bayerische Verkehrsprozesse.

Von Landgerichtsrat **Neumiller** in München.

(Fortsetzung.)

3. Vorbeschwerde nach Art. 2 AG. z. ZPO. Dieser Vorschrift muß auch bei Ansprüchen aus wirtschaftlichen Unternehmungen des Staats genügt werden, was bei den hier fraglichen Prozessen um so wichtiger ist, als sie häufig durch außergerichtliche Vergleiche vermieden werden können.[25]) Die Beschwerde ist regelmäßig[26]) gegen den abweisenden Bescheid der Direktion zum Staatsministerium für Verkehrsangelegenheiten einzulegen; der Nachweis der Beobachtung kann also nur durch Vorlegung der abweisenden Ministerialentschließung oder einer Einreichungsbestätigung mit einem über 6 Wochen alten Datum geführt werden. Auf die Vorlegung ist von Amts wegen zu dringen, selbst wenn der Fiskus die Beobachtung des Art. 2 im Prozesse „zugesteht" oder darauf verzichtet, weil es sich um Wahrung des Rechts der Oberbehörde (nicht der im Prozeß auftretenden Direktion) handelt. Bei Ansprüchen aus dem Personentransportvertrage muß aber gelegentlich der allenfalls sich entspinnenden Vergleichsunterhandlungen wohl beachtet werden, daß Art. 2 nicht den Rechtsweg vorläufig unzulässig macht, sohin auch § 210 BGB. nicht vor dem Ablauf der kurzzeitigen Verjährung schützt. — Die VO. vom 31. Juli 1817 (RegBl. S. 723) betr. die Haftentbindungsklagen des Verkehrspersonals hinsichtlich verlorenen oder beschädigten Transportguts, ist durch Art. 175 Abs. 3 AG. z. BGB. nicht etwa völlig aufgehoben, sondern es ist nur die Präklusivfrist für Beschreitung des Rechtswegs beseitigt; die Praxis wendet mit Recht Art. 2 AG. z. ZPO. auf diese Klagen auch jetzt nicht an, weil nach § 30 Allg. Dienstvorschr. bereits ein förmliches Berufungsverfahren im Administrativweg vorangeht[27]).

4. Das Armenrecht spielt bei den Haftpflicht- und Unfallfürsorgeprozessen angesichts der beträchtlichen Streitwerte eine wichtige Rolle[28]). Es empfiehlt sich zumeist, die zu verklagende Partei (d. h. die betr. Direktion) über den Sachverhalt zu hören, wenn nicht aus der Vorbeschwerdenabweisung sich schon das Nötige ergibt[29]). Meist wird seitens des Fiskus unter Anlage der Administrativerhebungen eine Erklärung abgegeben werden; da die dortigen Zeugenaussagen unbeeidigt sind und die Beamten oft eine Haftbarmachung zu befürchten haben, wird allerdings auf die Gegenerklärung und deren Unterlagen hin eine Versagung des Armenrechts selten möglich sein, am ehesten noch mangels Kausalzusammenhangs bei Unfallpensionen, ferner bei offenbarer Führung des Entlastungsbeweises nach § 831 BGB. (z. B. durch Personalakten), endlich bei reinen Rechtsfragen. Von sofortiger Beibringung des Nachweises nach Art. 2 AG. z. ZPO. sieht die Praxis bei drohender Verjährung ab[30]), desgleichen von Entziehung des Armenrechts bei Empfang einer Rente oder kleineren Kapitalabfindung oder wenn die Abweisungsreife sich erst nach Beweiserhebung zeigt.

5. Eine Mitwirkung des Staatsanwalts findet nicht statt.

6. Beweisverfahren. Die seitens des Fiskus benannten Zeugen und Sachverständigen[31]) sind ohne weiteres von der Amtsverschwiegenheit entbunden; im übrigen gilt die MBek. vom 7. Januar 1882 mit den Abänderungen vom 31. August 1894[32]). Bei der Anweisung der Zeugengebühren sind die JMBek. vom 29. Dezember 1901 (JMBl. 1902 S. 235) und 4. März 1904 (JMBl. S. 50) zu beachten, wonach § 616

[25]) Hierbei müssen die Rechte analog § 323 ZPO. ausdrücklich bedungen werden, da sie kraft Gesetzes keineswegs bestehen (JW. 1903, 148 Beil.).

[26]) Ausnahmen bestehen, soweit die erstinstanzielle Verbescheidung z. B. den Inspektionen oder Stationen obliegt; vgl. Anm. 13.

[27]) Weitere Einzelheiten zu Art. 2 AG. z. ZPO. s. in meiner Handausgabe der ZPO. zu § 148. — Die Kosten des Abhilfeverfahrens sind nicht festsetzbar, sondern müssen ziffermäßig mitausgeklagt werden (Art. 23 der VO. vom 26. März 1902, GVBl. S. 144). Die Kosten der Zuziehung eines Rechtsanwalts pflegen in der Praxis meist und zwar mit Recht nicht beanstandet zu werden; a. M. OLG. München (A 1624/00).

[28]) Bei Ausländern, die hinsichtlich der Verkehrsschäden durchweg den Inländern gleichstehen, sind die Art. 11 ff. des Intern. PrRAbk. (RGBl. 1899, 285) zu beachten; vgl. auch Art. 23, 56 JFrlle.

[29]) Nach § 73 EVerkO. sind Frachtreklamationen stets schriftlich zu verbescheiden.

[30]) Das OLG. München hält die Einforderung des Nachweises vor Bewilligung des Armenrechts überhaupt nicht für zulässig; dies dürfte jedoch zumal bei offenbar voreiligen Klagen zu weit gehen.

[31]) Die Beeidigung allenfalls haftbarer Bediensteter untersteht dem § 384 Nr. 2 mit § 393 Nr. 3 ZPO., was von den ersuchten Gerichten häufig übersehen wird. — Vorprozessuale Gutachter können über ihren damaligen Befund als sachverständige Zeugen benannt werden (§ 414 ZPO.). — Klinikvorstände: JME. vom 8. Juni 1902 Nr. 24 675; Entschädigung für Aktenstudium: BayZfR. 1907 S. 153; a. M. ObLG. vom 31. Mai 1907 BeschwR. 345/07 (Strafsenat).

[32]) § 10 Allg. DV. vom 1. Juni 1885. — Die MBek. vom 31. August 1894 (GVBl. S. 547) ist nur mehr teilweise anwendbar. Nebenbei bemerkt, entspricht auch der Schlußsatz des Abs. 2 der Nr. III der MBek. vom 7. Januar 1882 (GVBl. S. 37) insofern nicht der ZPO., als bei einem pensionierten Beamten die Genehmigung nicht nur bei der letztvorgesetzten Behörde nachzusuchen, sondern auch formell von dieser Behörde zu erteilen ist, selbst wenn der streitige Vorfall während der Unterstellung des Zeugen unter eine andere Behörde sich ereignet hat. Das ergibt sich klar aus dem Wortlaut der ZPO.: „zuletzt vorgesetzt gewesen" und zwingt zu der gleichen Behandlung bei aktiven Beamten. Ob bei der früheren Behörde eine Anfrage geboten erscheint, ist Sache des inneren Dienstes. Gesetzentsprechend ist der Punkt bei den Notaren geordnet (MBek. vom 27. März 1902, GVBl. S. 161).

BGB. nicht angewendet werden soll[33]). — Die Administrativerhebungen, z. B. bei Personenverletzungen, einschließlich Fahrbericht und Geschwindigkeitsstreifen der Lokomotive werden als einseitige Informationen des Fiskus betrachtet und daher von der Editionspflicht an sich nicht ergriffen; anders bezüglich des Frachtbriefs sowie der Tatbestandsaufnahme nach § 71 EVerkO. (Art. 25 JFrUe.) und wohl auch bezüglich der Pensionsdekrete und Unfalluntersuchungen nach § 9 UnfallfürsorgeVO., endlich bezüglich der Eingaben des Verletzten selbst[34]). — Besondere Beachtung ist dem Entlastungsbeweis nach § 831 BGB. zu widmen; dem Sinne des Gesetzes entspricht hier Strenge gegen den Dienstherrn[35]). — Bei der jetzigen Zuständigkeitsverteilung wird der richterliche Augenschein wesentlich erleichtert sein; die Vorlegung von Dienstvorschriften, Lageplänen, Maschinenprofilen, Photographien, u. A. auch Modellen bleibt daneben dringend ratsam (§ 142 ZPO.).

7. Die Beschränkung auf den Grund des Anspruchs (§ 304 ZPO.) ist sachdienlich, um prinzipielle Fragen im Rechtsmittelweg auszutragen, ohne in einen schwierigen, möglicherweise überflüssigen ziffermäßigen Schadenbeweis eintreten zu müssen. Dabei darf aber nicht übersehen werden, daß die jüngste Rechtsprechung es mit der Liquidstellung des Grundes sehr streng nimmt[36]), daß die Aufhebung eines der Klage stattgebenden Urteils selten ist und daß infolge der Geschäftsüberlastung des RG. eine beträchtliche Prozeßverzögerung eintreten kann, endlich daß der Schadensbeweis bei richtiger Prozeßtaktik und Anwendung des § 287 ZPO. in den meisten Fällen einfacher ist als er aussieht, zumal wenn das Gericht von vorneherein auf Vorlegung von Originalrechnungen und Quittungen dringt[37]). Letztere genügen, obwohl Privaturkunden, zumeist durchaus für die richterliche Ueberzeugung. Häufig sind auch die Zeugen für den Grund und den Betrag identisch und recht oft liegt der wahre Streitpunkt eigentlich im Betrag, bei dessen rascher Klärung auf die prinzipielle Austragung des Anspruchsgrunds gar kein Gewicht mehr gelegt wird.

8. Bei der Angabe der Ziffer und der Dauer der erhobenen Ansprüche bedarf es besonderer Genauigkeit, zumal falls Streitgenossenschaft (z. B. Mutter und Kinder) vorliegt; auch die gesetzliche Vertretung ist im letzteren Falle eingehend zu prüfen[38]). Zur Verhütung der vom Unfalltage laufenden Verjährung der Haftpflichtansprüche kann ein Feststellungsantrag neben dem ziffermäßigen Leistungsantrag nötig sein (Reindl S. 203). Abänderungs- und Sicherheitsklagen (§§ 323, 324 ZPO.) sind selten.

9. Es besteht kein Hindernis, vorläufige Vollstreckbarkeit gegen den Fiskus zu begehren und ebensowenig sind Abwendungsanträge des letzteren gegen Sicherheit zu beanstanden[39]); der tatsächlichen Vollstreckung steht allerdings in den weitaus meisten Fällen, vor allem bei Geldleistungen, Art. 9 AG. z. ZPO. entgegen; der Fiskus pflegt sich aber an die gerichtliche Vollstreckbarerklärung zu halten.

10. Die Kostenfestsetzung gegen den Fiskus folgt den gewöhnlichen Normen; eines neuerlichen Abhilfegesuchs nach Art. 2 AG. z. ZPO. bedarf es nicht. Soweit der Fiskus an seinen Gegner Gerichtsgebühren (z. B. Vorschüsse) zu erstatten hätte, sind diese Gebühren dem letzteren schon vor der Festsetzung aus der Gerichtskasse zurückzuvergüten (§ 98 GKG.); auf Auslagen ist dies nicht ausdehnbar[41]). Solche Gebührenrückvergütung

---

[33]) Vgl. aber auch Planck, BGB. (3 Aufl.) Bem. 3 c zu § 616. Genaue Befragung insbesondere bezüglich Freifahrt oder Fahrdiätenentgang, nötigenfalls Erhebungen bei der vorgesetzten Behörde sind sachgemäß. Den stillschweigenden Ausschluß des § 616 BGB. einfach allgemein zu unterstellen, ist ebenso bedenklich, wie die Forderung des Ersatzes von Stellvertretungskosten für statusmäßige oder pragmatische Beamte (vgl. § 21 VO. vom 26. Juni 1904).

[34]) Von der Befugnis, die sofortige gerichtliche Beweissicherung zu beantragen, wird in Haftpflichtsachen leider fast nie Gebrauch gemacht; nach Monaten erhält man dann von den Zeugen die stereotype Antwort, eigene Erinnerung besäßen sie nicht mehr, bei den Administrativerhebungen hätten sie aber die Wahrheit gesagt. Werden solchenfalls diese Erhebungen nicht vollinhaltlich vorgelegt, so bildet das ein gewichtiges Ueberzeugungsmoment gegen den Fiskus.

[35]) Bloß allgemeine Erwägungen über präsumtiv ordentliche Aufsicht u. dgl. bei einem Staatsbetrieb genügen nicht (JW. 1904, 361); Detektivmanieren können anderseits beim Vollzug der Visitationen auch nicht verlangt werden (JW. 1905, 484). Die Beweislast zwingt hier mittelbar den Fiskus zur Edition, z. B. der Personalakten nach § 45 BetrO. — Daß Sachverständige wenigstens nicht aus der am Prozeß beteiligten Direktion genommen werden, sollte selbstverständlich sein.

[36]) RGZ. 58, 232 (Einzelposten); 64, 34 (Ueberleben der Witwe); JW. 1905, 284 (Mitverschulden). — Unterschied von der reinen Feststellung der Ersatzpflicht: RGZ. 60, 368; Formel: RGZ. 60, 314.

[37]) Bei größeren kaufmännischen Geschäften ist eine gründliche Prüfung der Bücher und Bilanzen durch entsprechende Sachverständige und Vergleichung mit den Steuerquittungen unbedingt geboten und es dürfen die Kosten hierfür nicht gescheut werden. Namentlich bei gleichzeitigem Niedergang der allgemeinen Geschäftskonjunktur muß der Verletzte beweisen, daß sein Gewinnentgang speziell auf den Unfall, nicht auf die sonstige Depression zurückgeht. Angesichts seiner Beweispflicht hat der Verletzte auch allen Anlaß, einer Anheimgabe des Gerichts bezüglich Urkundenvorlegung nachzukommen, obwohl die §§ 144, 287 ZPO. sich formell auf Urkunden nicht erstrecken.

[38]) RG. in BayZfR. 1907, 396 (gesondertes Klagrecht der Kinder).

[39]) BayZfR. 1905, 361.

[40]) Die Realexekution durch Haft nach §§ 888 ff. ZPO. richtet sich gegen den Direktionspräsidenten als gesetzlichen Vertreter.

[41]) Die Liquidationsvorschriften im JMBl. 1881 S. 61 finden auf anderweitige Rechtsstreite als die dort bezeichneten Ehe- und Entmündigungsprozesse keine Anwendung. — Auslagen muß auch der Fiskus zahlen (S. o. E. 15, 165), insbesondere Zustellkosten (FinBl 14, 4)

erfolgt nach der Praxis auch bei Vergleichen mit fiskalischer Kostenübernahme.

11. Zu einstweiligen Verfügungen gegen den Fiskus, z. B. auf einstweilige Haftpflichtrentenzahlung, wird es nur selten kommen[42]), da in den genannten Fällen regelmäßig sog. Vorschüsse freiwillig gewährt werden; jedenfalls ist über solche Anträge mündliche Verhandlung geboten. Art. 2 AG. z. ZPO. ist hierbei unanwendbar; dagegen trifft Art. 9 auf die Vollstreckung zu.

12. Der Vollständigkeit halber muß noch auf die prozeßrechtlichen Bestimmungen des IFrUe. in Art. 23 (Pfändung des Abrechnungsguthabens und rollenden Materials), 46 (Widerklage), 50 (Streitverkündung), 51 und 52 (Klagenverbindung), 53 (Zuständigkeit für die Rückgriffsklage), 55 (Anwendung des heimatlichen Prozeßrechts), 56 (Vollstreckbarkeit im Ausland, Verbot der Kostenvorschußauflage) hingewiesen werden. Für die Bayerischen Gerichte kommen praktisch davon nur diejenigen Vorschriften in Frage, die sich auf die Ersatzklage des Absenders oder Empfängers beziehen;[42a]) zu Rückgriffsklagen lassen es die Bayerischen Bahnen nicht kommen. Auch Vollstreckungen in das im Deutschen Reich befindliche Vermögen ausländischer Verbandsbahnen kommen praktisch nicht vor; beachtlich ist das Verhältnis des Art. 23 IFrUe. zu dem Reichsgesetz vom 3. Mai 1886 (RGBl. S. 131). Der Weltpostvereinsvertrag enthält keine derartigen Prozeßnormen, wohl aber in Art. 23 eine Schiedsklausel für Streitigkeiten unter den Vereinsverwaltungen (vgl. auch Art. 57 IFrUe.).

(Schluß folgt).

---

und Schreibgebühren; zur Einforderung eines Auslagenvorschusses besteht ihm gegenüber aber niemals Anlaß.

[42]) Abschlagszahlungen an einem einheitlichen Kapital können auf diesem Wege nicht verlangt (RGZ. 15, 377; 27, 430), wohl aber Bedürfnismehrungen, z. B. Badereisen, in Rentenform zugebilligt werden (Reindl S. 182).

[42a]) Oertlich zuständig sind die Münchener Gerichte für alle derartigen Prozesse gegen die Staatseisenbahnen, weil die Verwaltungsentscheidung ohne Ausnahme dem Reklamationsamt, sohin die gesetzliche Vertretung der Eisenbahndirektion München zusteht.

XVIII. Deutscher Anwaltstag und XXII. ordentl. Generalversammlung der Hilfskasse für deutsche Rechtsanwälte in Mannheim.

Von Rechtsanwalt **Dr. Böckel** in Jena.

Die außerordentliche Wichtigkeit der diesjährigen Hauptversammlung hatte einen ungewöhnlich starken Zustrom der Vereinsmitglieder nach Mannheim bewirkt. Weit über 700 Mitglieder des Vereins waren versammelt, dazu viele Justiz- und Verwaltungsbeamte der Jubel-, Ausstellungs- und Kongreßstadt.

Im Hinblick auf die Bedeutung des Hauptthemas, die Stellungnahme zu der geplanten Justizreform, ebensosehr wohl aber auch im Hinblick auf die gegen den Vorstand des Anwaltvereins gerichtete Spannung wegen der statutenwidrigen Nichtbeachtung des von 2304 Anwälten gestellten Antrags auf Einberufung einer außerordentlichen Generalversammlung, hatten eine Reihe rheinischer, badischer und hessischer Anwälte auf Dienstag, den 10. September eine geschlossene Vorversammlung in den großen Saal des Stadtparks einberufen. Schon durch diese sehr zahlreich besuchte Versammlung brauste der Sturm des Kampfes so stark, daß er dann durch die Hauptversammlung selbst nur noch mit geminderter Kraft zog. Da die Besprechung aber einen vertraulichen Charakter hatte, so sei hier bloß bemerkt, daß sie den Meisten, höchst dankenswert, den ersten tieferen Einblick in den bedauerlicherweise bisher so geheim gehaltenen Entwurf der Novelle gewährte. Vor allem das Referat des Dr. **Geiershöfer** aus Nürnberg enthüllte die Verschlechterung, mit der fiskalische Interessenpolitik und Engherzigkeit unsere Rechtspflege bedrohen. Die vierstündige Aussprache führte zur Bildung einer Kommission, die noch einmal eine Verständigung mit dem Verein der bei den Amtsgerichten zugelassenen Anwälte anstreben sollte, die bekanntlich bereits der Regierung ihren Beifall zu der Vorlage gezollt hatten.

Mittwoch, den 11. September 1907 fand von 9 Uhr vormittags bis 4 Uhr nachmittags die erste Sitzung des Anwaltstags im Versammlungssaale des Rosengartens statt. Unter den Begrüßungsansprachen der Vertreter des badischen Justizministers, der Stadt Mannheim und des Mannheimer Richterstandes verdient die des Landgerichtspräsidenten **Christ** in unserer Zeit, in der das odium advocatorum schon so schädliche Blüten getrieben hat (Ausschluß der RA. von den Gewerbe- und Kaufmannsgerichten, wo sie aber vielfach als Vorsitzende bevorzugt werden)[1]), bis in die fernsten Winkel unseres Vaterlandes Beachtung. Dieser erste Richter der bedeutendsten Handelsempore Süddeutschlands legte allen Nachdruck in den Satz, die Mannheimer Rechtsprechung stände nicht auf ihrer Höhe, wenn sie nicht die Mitarbeit eines Anwaltsstandes genösse, der vollständig auf der Höhe seiner Aufgabe stehe, und er betonte, wiederum ein leuchtendes Vorbild, wie sehr in Mannheim darum auch der ganze Richterstand bemüht sei, ein schönes Verhältnis zwischen Richtern und Anwälten aufrecht zu erhalten, „eben weil wir bewußt sind, daß ohne ihre kräftige Mithilfe die Rechtsfindung nicht möglich ist". Stürmischer Beifall dankte dem Redner.

[1]) Z. B. in Jena, wo als stellvertretende Vorsitzende des Kaufmannsgerichtes und auch des Gewerbegerichtes der Berichterstatter und ein anderer Kollege fungieren.

Danach legte der Vorsitzende Geheimer Justizrat Erythropel aus Leipzig, von Zwischenrufen vielfach unterbrochen, die Gründe dar, aus denen der Vorstand des Anwaltsvereins dem Antrag der 2304 Anwälte auf Einberufung eines außerordentlichen Anwaltstages nicht stattgegeben hatte: weil wegen veränderter Sachlage die Abhaltung eines außerordentlichen Anwaltstages nicht mehr nötig erschienen sei. In einer längeren Geschäftsordnungsdebatte erstattete Justizrat Dr. Elsas-Stuttgart kurzen Bericht über die Vorversammlung und brachte als das Ergebnis der Einigung der erwähnten Kommission mit dem Verein der Amtsgerichtsanwälte den Antrag ein, diesen Punkt ohne Erörterung und Beschlußfassung von der Tagesordnung abzusetzen, einen außerordentlichen Anwaltstag dafür einzuberufen und zu seiner Vorbereitung eine Kommission von 15 Mitgliedern zu bilden.

Gegenüber der Geneigtheit eines großen Teils der Versammlung zur Annahme dieses Antrags schlug Geheimrat Erythropel vor, doch erst die Berichterstatter zu hören. Dem trat die Mehrheit der Versammlung bei. RA. Dr. Max Hachenburg, der bekannte Verfasser der geistvollen und tiefgründigen Vorträge über das Bürgerliche Gesetzbuch und des großen, mit dem Reichsgerichtsrat Düringer zusammen bearbeiteten, nie versagenden Kommentars zum Handelsgesetzbuch, bestieg als erster Referent die Rednerbühne, um die Verhandlungen des Anwaltstages zu einer erhabenen Höhe zu führen. Die in der hochangeschwollenen Literatur zur Justizreform bisher fast ausschließlich erörterten Hauptstreitpunkte: Erhöhung der Zuständigkeit der Amtsgerichte und engzusammenhängend damit die Frage, ob Einzelrichtertum oder Kollegialgericht, stellte er in glänzender Taktik zurück. Langsam und sicher baute er das ganze Gebäude von Grund aus auf. Frage nach Frage rollte er auf, um auf den Ergebnissen weiter zu bauen, bis schließlich das ganze Werk hochragend da stand, so gewaltig, daß ein Anstürmen dagegen nur lächelnde Ablehnung finden konnte. So überzeugend war der ganze Vortrag in seiner sachlichen Tiefgründigkeit, in seiner warmherzigen Erfassung der Aufgabe, in seiner vornehmen Ruhe! Dabei hatte Hachenburg selbst vorausgeschickt, daß die Fragen, zu denen es Stellung zu nehmen gelte, so schwer zu beantworten seien, daß er selbst nicht selten vom Morgen zum Abend seine Ansicht geändert und am nächsten Morgen doch wieder zur Ansicht des früheren Morgens zurückgekehrt sei. So ungewöhnlich war die geistige Höhe und taktisch so vorzüglich der Aufbau dieses Referates, daß man kaum spürte, wie Stunde um Stunde verrann.

Dem Gedankengange Hachenburgs im einzelnen nachzugehen, ist hier nicht möglich. Ich muß mich damit begnügen, die Ergebnisse in Anlehnung an die von ihm selbst gebotene Zusammenstellung wieder zu geben:

1. Eine Reform des Zivilprozesses, der Gerichtsverfassung, des Gerichtskostengesetzes und der Gebührenordnung für RA. könne nur einheitlich und gleichzeitig erfolgen; die Neubearbeitung nur eines Teils sei abzulehnen. Der Gesichtspunkt, daß die Einnahmen und Ausgaben der Justizverwaltung sich decken müßten (vgl. Mügels bekannten Aufsatz in der DJZ.), sei bei der neuen Organisation der Gerichtsverfassung absolut auszuschalten. Es wäre ein schwerer Vorwurf, den man der Gesetzgebung machen müßte, wenn sie sich bei derartigen Lebensfragen von finanzpolitischen Gesichtspunkten leiten ließe.

2. Bei der Reform des Kostenwesens (Gerichts- und Anwaltsgebühren) sei eine gerechtere Verteilung der Kosten anzustreben. Es sei eine Abstufung der Prozesse nach ihrem Gegenstande wünschenswert; insbesondere seien für Klagen aus Arbeitsverträgen wie auch für das Versäumnisverfahren die Kosten zu mindern. Der Herabsetzung müsse aber eine Erhöhung der Kosten in anderen streitigen Sachen entsprechen; vor allem Erbschaftsprozesse könnten eine höhere Gebühr tragen. Für Arrestprozesse, Klagen aus Schiedsgerichtsurteilen und für den Urkundenprozeß seien die vollen Gebühren anzusetzen.

3. Bei der Reform des Verfahrens sei eine besondere Gestaltung des amtsgerichtlichen Verfahrens nach anderen Prinzipien als denen des landgerichtlichen Verfahrens, namentlich auch eine Einführung des Offizial- und Inquisitionsprinzips, abzulehnen; gegen den Versuch, zwischen dem amtsgerichtlichen und landgerichtlichen Verfahren eine tiefe Kluft zu schaffen, müsse energisch Front gemacht werden. Eine Gestaltung des Prozesses, die nach dem Vorbilde der österreichischen ZPO. für alle Prozeßformen den Parteibetrieb völlig ausschalte und die Parteivorträge einschränke, sei abzulehnen. Die von dem Entwurf vorgesehene Bestimmung, daß der Richter die Partei selbst durch Geldstrafe zum Erscheinen zwingen könne, sei sowohl im Interesse des Klienten als auch des Anwaltstandes entschieden zu verwerfen.

Eine Beschleunigung des Verfahrens sei anzustreben, jedoch ohne Gefährdung der Gründlichkeit und Richtigkeit der Entscheidung. Der Todfeind des Rechtfindens sei die Hetzerei.

Hachenburg machte dabei im einzelnen folgende positiven Vorschläge:

a) „für jeden Prozeß eine nach der Qualität, eventuell der Höhe des Streitwertes zu normierende bestimmte Anzahl von Terminen festzusetzen. Für jeden auf Veranlassung einer Partei nötig werdenden weiteren Termin erwächst eine weitere Gebühr von $^3/_{10}$ an Gerichtskosten und für den Anwalt der Gegenpartei, sofern nicht

die Vertagung ohne Verschulden der Partei eintrat, oder sofern nicht beide Parteien spätestens eine Woche vor dem Termine die Vertagung beantragen,

b) das Prinzip der Mündlichkeit und Unmittelbarkeit für die Fälle, in denen es praktisch ohne Wert ist, nicht beizubehalten. So insbesondere nicht im Versäumnisverfahren und bei der Abweisung einer Klage auf Grund mangelnder Prozeßvoraussetzungen, die von Amts wegen zu beachten sind,

c) bei Ausbleiben einer Partei in einem späteren Termine nach stattgehabter mündlicher Verhandlung kein Versäumnisurteil, sondern ein mit der Berufung anfechtbares auf Grund der Sachlage ergehendes Urteil zu erlassen,

d) die Schreibarbeit der Anwälte und der Gerichte tunlichst zu kürzen. Es sind daher in die vorbereitenden Schriftsätze nur Tatsachen in gedrängter Kürze aufzunehmen und diese an Stelle des Urteilstatbestandes zu setzen. Dabei ist eine Pauschalierung der Schreibgebühren nach Prozenten der Gebühren zu billigen, sofern dieser Satz ein entsprechender, mit der Höhe des Objekts steigender und nach oben unbegrenzter ist,

e) auf Antrag der Parteien schon vor dem Termine die Ladung von Zeugen und Sachverständigen, die Erhebung und Vorlage von Urkunden anzuordnen, sofern es nach Ansicht des Gerichts auf sie ankommt,

f) die Benutzung der Stenographie bei der Herstellung der Protokolle einzuführen,

g) die Einlassungs- und Rechtsmittelfristen zu kürzen unter Vereinfachung der Form der Zustellung und der Einlegung der Rechtsmittel; zur Einlegung der Berufung genügt einfache Anzeige an das Gericht,

h) die Berufung für Bagatellsachen auszuschließen."

4. Bei der Reform der Gerichtsverfassung sei das bisherige System der Kollegialgerichte beizubehalten. Ihre Ersetzung durch das System der Einzelrichter sei abzulehnen. „Die deutschen Amtsgerichte, wie sie heute sind, sind nicht in der Lage, den Aufgaben zu entsprechen, die ihnen jetzt angesonnen werden." Eine Verbesserung der Volkstümlichkeit werde durch den Einzelrichter durchaus nicht bewirkt; ein Ueberrichter lasse sich ebensowenig wie ein Uebermensch schaffen. Die jetzige Gerichtsverfassung habe bei Einführung des neuen Zivilrechts ihre Probe bestanden. Er gebe nach alledem dem Kollegialrichter den Vorzug.

Ein System des Zivilschöffengerichts (Kollegialgerichte, die aus einem Juristen und zwei Laien bestehen) sei aber auch als nicht durchführbar zu bezeichnen, auch nicht in der Weise, daß die Schöffen nur auf Antrag einer Partei neben den rechtskundigen Einzelrichter treten. Dagegen sei zu befürworten, daß für bestimmte Prozeßarten ohne Rücksicht auf den Streitwert das Gericht aus einem rechtskundigen Richter und 2 Schöffen bestehe, insbesondere für den Arbeitsvertrag (einschließlich des Vertrags der Gewerbe- und Handlungsgehilfen) und für Ehesachen. Hachenburgs Anregung, für Ehesachen als Zivilschöffen einen verheirateten Mann und eine verheiratete Frau mit dem Juristen zu einem Kollegium zu vereinen, weckte zunächst allgemeine Heiterkeit; es war dies aber nur (psychologisch sehr interessant) die Heiterkeit einer frohen Ueberraschung, denn die Versammlung brachte alsbald durch allseitige lebhafte Zustimmung zum Ausdruck, daß sie der Anregung Hachenburgs überzeugt beitrete.

Abzulehnen sei nun schließlich auch ein System, das die Zuständigkeit der Amtsgerichte lediglich nach dem Streitwerte erhöht. Eine einfache Verschiebung der Zuständigkeit würde eine schwere Verletzung der Interessen der Allgemeinheit bedeuten. Zu befürworten sei dagegen eine Ueberweisung bestimmter hierzu geeigneter Sachen, insbesondere der Klagen aus dem Arbeitsvertrage und aus Unterhaltsansprüchen. Je gründlicher man die Vorlage betrachte, um so mehr Boden gewinne der Verdacht, daß hinter dem Justizminister der Finanzminister stehe. Die deutschen Regierungen aber sollten den Verdacht von sich fern halten, daß sie aus fiskalischen Gründen an die Reform herantreten. Mit der Befreiung vom Anwaltszwang würde man dem deutschen Volke kein Geschenk machen. Der Anwaltszwang sei doch nicht der Anwälte wegen da, ebensowenig wie der Schulzwang um der Lehrer, der Impfzwang um der Impfärzte willen. Man solle doch nicht übersehen, daß der Anwalt häufig nicht nur der Rechtsrat, sondern auch der Gewissensrat sei, in vielen Fällen der Beichtvater des Klienten. Man solle kein Mißtrauen gegen den Anwaltsstand dadurch schaffen, daß man die Mitwirkung des Anwalts an den Rechtsfällen des Bürgers für unnötig erkläre.

5. Bei der Reform der RAO. und der GebO. für RA. sei eine Regelung dahin notwendig, daß der Rechtsanwalt wirtschaftlich und sozial so gestellt wird, daß er seiner Aufgabe als Glied der Rechtspflege in juristischer und ethischer Hinsicht entsprechen kann, daß er nicht zum Diener des Klienten wird. Der Anwalt dürfe auch nicht weltfremd sein und nicht zum Handwerker degradiert werden. Der Anwaltstand habe bisher aus einem falschen Schamgefühl heraus über seine Einkommensverhältnisse geschwiegen. Für die aber sei symptomatisch der immer dringender werdende Ruf nach der Zwangsversicherung. Gehe doch das durchschnittliche Einkommen des Anwalts nicht über 4—5000 Mk. hinaus. Die Regierungen sollten darüber einmal statistisches Material sammeln; das werde ihre Stellungnahme nicht unbeeinflußt lassen. — Darum sei eine Revision der Gebührenordnung herbeizuführen, die durch Erhöhung der Sätze eine Verbesserung der Existenz-

bedingungen der RA. ermöglicht, und es sei eine Beseitigung der gewerbsmäßigen Vertretung der Parteien vor den Amtsgerichten durch Personen, die nicht Rechtsanwälte sind, anzustreben. Zu erstreben sei weiter eine Zulassung aller innerhalb eines Landgerichtsbezirks an einem Gerichte des Bezirks niedergelassenen Rechtsanwälte beim Landgericht. Dringend wünschenswert sei auch, daß die Anwälte nicht gleich nach dem zweiten Examen in die Praxis übertreten. Schließlich sei noch auf eine stärkere Uebernahme von Rechtsanwälten als Richter in die oberen Gerichte hinzuwirken.

Als Hachenburg nach $2^1/_4$ stündigem freiem Vortrag geschlossen hatte, durchbrauste stürmischer, minutenlanger Beifall immer wieder den Saal. Nach Hachenburgs tiefgründigem, meisterhaften, von idealer Auffassung getragenen Vortrag sollte nun noch ein Korreferent auftreten? Für die Regierungsvorlage? Dabei hatte Hachenburg nicht einmal die ganze Kleinlichkeit der Gesinnung gegen den Anwaltsstand, die die Vorlage erfüllt, bloßgestellt, wie dies tags zuvor in der Vorversammlung getan worden war. Doch der Korreferent RA. Dr. Wanner-Zoppot verzichtete nicht.

(Schluß folgt.)

Mitteilungen aus der Praxis.

Gedanken zur Strafrechtsreform. Der Gedanke, daß es durchaus nicht immer im öffentlichen Interesse liege, in allen Fällen der Straftat sofort den Vollzug der Strafe folgen zu lassen, sondern daß es oft zweckmäßiger sei und mehr zur Vermeidung weiterer Verfehlungen beitrage, je nach Umständen in einzelnen Fällen Straftaten gar nicht zu ahnden oder dem Schuldigen die Strafe unter der Bedingung tadelfreier Führung während eines bestimmten Zeitraums nachzulassen, hat in neuerer Zeit immer mehr Anhänger gewonnen. Die günstigen Erfahrungen, die man in Bayern mit der immer ausgedehnteren Bewilligung von Bewährungsfristen (bedingte Begnadigung) machte, haben die praktische Verwertbarkeit des Gedankens wohl zur Genüge erwiesen und machten zugleich den Wunsch rege, es möchte bei der Neugestaltung des Strafrechts (Strafprozeßrechts) diesem Gedanken in ausgedehntestem Maße Rechnung getragen werden.

Einem ähnlichen Ziele, wie die bedingte Begnadigung, strebt der Vorschlag zu, an Stelle des Legalitätsprinzips das Opportunitätsprinzip zu setzen und es so der Staatsbehörde zu ermöglichen, in geeigneten Fällen, sofern es im öffentlichen Interesse liegt, von der Verfolgung der Straftat absehen zu dürfen. Die Durchführung dieses Vorschlags dürfte manchem Bedenken begegnen, jedenfalls wäre sie geeignet (auch bei durchwegs umsichtigster und feinfühligster Ausführung) Stoff zu dem mancherseits so beliebten Vorwurf der Klassenjustiz zu liefern.

Die Einrichtung der bedingten Begnadigung (und der bedingten Verurteilung) anderseits erreicht ihren Zweck, wenigstens insoweit als berücksichtigenswerten Interessen des Schuldigen Rechnung getragen werden soll, nicht völlig; denn nicht sowohl der Vollzug der Strafe führt oft eine — mit der Schwere der Verfehlung häufig in keinem Verhältnis stehende — Schädigung des wirtschaftlichen Daseins und Untergrabung der persönlichen Ehre des Schuldigen mit sich, als die Erörterung des Straffalles vor der breitesten Oeffentlichkeit.

Es sei mir daher gestattet, auf ein Verfahren hinzuweisen, das vielleicht die Vorzüge der bedingten Begnadigung (bedingten Verurteilung) und der Einführung des Opportunitätsprinzips in sich vereinigen würde, ohne zugleich deren Nachteile aufzuweisen: ich meine die Möglichkeit der Bewilligung einer Bewährungsfrist **vor** Durchführung des Hauptverfahrens.

Ich denke mir das Verfahren — ohne auf Einzelheiten einzugehen — etwa folgendermaßen:

Nach einem auf Grund des Legalitäts- und Offizialprinzips durchgeführten Vorverfahren, bei dem auf diejenigen Umstände, die für Bewilligung einer Bewährungsfrist von Belang sind, entsprechend Rücksicht zu nehmen wäre, hat der Staatsanwalt (bei genügendem Tatverdacht) die Anklage zu erheben. In geeigneten Fällen soll er jedoch an Stelle des Antrags auf Eröffnung des Hauptverfahrens Antrag auf Bewilligung einer (bei schlechter Führung widerruflichen) Bewährungsfrist stellen. Ueber den Antrag entscheidet das Gericht (gegebenenfalls nach persönlicher Anhörung des Angeschuldigten). Das Gericht kann auch abweichend von dem Antrage die Eröffnung des Hauptverfahrens beschließen oder, statt das Hauptverfahren nach Antrag zu eröffnen, eine Bewährungsfrist bewilligen (oder falls es den Tatverdacht nicht für hinreichend begründet erachtet, die Eröffnung des Hauptverfahrens ganz ablehnen). Erforderlichenfalls könnte durch Gewährung von Rechtsmitteln — oder durch das Erfordernis der Genehmigung der Krone oder der Justizverwaltung — die Möglichkeit der Beseitigung von Irrtümern oder Ungleichheiten des Gerichtsgebrauches herbeigeführt werden.

Von der Bewilligung der Bewährungsfrist ist die Strafregisterbehörde zu benachrichtigen. Während des Laufes der Bewährungsfrist ruht die Verjährung der Straftat.

Nach Beendigung der Bewährungsfrist ist je nach Lage des Falles und nach der Führung des Angeschuldigten entweder das Hauptverfahren durchzuführen oder unter gutachtlicher Aeußerung die Entscheidung der Krone herbeizuführen. (Es käme hier zwar eine Art Abolitionsrecht der Krone in Frage, doch würden wohl die Bedenken hierwegen nicht unüberwindlich sein).

Dieses Verfahren würde nicht nur eine wesentliche Entlastung der erkennenden Gerichte (und damit Verbilligung der Strafrechtspflege) im Gefolge haben, sondern auch manche Härten des geltenden Rechtes vermeiden; insbesondere bliebe manchem Schuldigen die Schmach der öffentlichen Erörterung seiner Verfehlung erspart. Anderseits wäre aber durch das — entsprechend geführte — Vorverfahren der Strafanspruch des Staates hinreichend festgestellt, um dem Schuldigen im Hinblick hierauf, sowie auf die Erwartung der Durchführung der Hauptverhandlung, der öffentlichen Erörterung seiner Verfehlung und der auszusprechenden und zu vollziehenden Strafe im Falle schlechter Führung als eindringliche Mahnung zur Besserung zu erscheinen.

Die Bewilligung der Bewährungsfrist **vor** durch-

geführtem Hauptverfahren — es soll dadurch die Möglichkeit bedingter oder gänzlicher Begnadigung nach gefälltem Urteil keineswegs ausgeschlossen sein — würde sich allerdings mit Rücksicht auf die erhöhte Schwierigkeit der Beweisführung nach Ablauf eines längeren Zeitraumes nach Begehung der Straftat, sowie auf den Umstand, daß nur bei hinreichender Feststellung des Strafanspruchs des Staates die Bewilligung einer „Bewährungsfrist" begrifflich gerechtfertigt erscheint, hauptsächlich auf die Fälle beschränken müssen, in denen der Beschuldigte völlig oder mindestens teilweise geständig ist. Allein gerade diese — keineswegs seltenen — Fälle, in denen der Schuldige seine Verfehlung reumütig eingesteht, kommen ihrer Natur nach hauptsächlich für die Bewilligung einer Bewährungsfrist in Betracht; dazu kommt, daß gerade deswegen, weil durch die Bewilligung einer Bewährungsfrist die unangenehme und nachteilige öffentliche Erörterung des Straffalles vermieden werden kann, gar mancher ein offenes Geständnis ablegen wird, der jetzt in der Hoffnung leugnet, möglicherweise doch eine Einstellung des Verfahrens erzielen zu können.

III. Staatsanwalt Dr. Bretzfeld in Hof.

Grundbucheinsicht durch den Staatsanwalt. Den am Sitze des Grundbuchamts befindlichen öffentlichen Behörden sollen schriftliche Aufschlüsse, Abschriften und Auszüge aus dem Grundbuch in der Regel nicht erteilt werden. Vielmehr sollen sie sich, abgesehen von besonderen Umständen, die für ihre Amtsführung erforderliche Kenntnis des Grundbuchinhalts durch Einsicht des Grundbuchs verschaffen. (§§ 543 Abs. 1, 546 Abs. 2 DAw. f. d. rechtsrh. Grundbuchämter). Diese Vorschriften gelten auch für die Staatsanwaltschaft, welche das Ergebnis der Grundbucheinsicht zu den Akten vermerkt. Ein solcher Vermerk kann indes in der Hauptverhandlung nicht verlesen werden; denn er stellt keine ein Zeugnis einer öffentlichen Behörde enthaltende Erklärung dar, weil öffentliche Behörden im Sinne des § 255 StPO. nur jene sind, die außerhalb des Strafverfahrens stehen. Soll der Grundbuchinhalt zur Kenntnis der Prozeßbeteiligten gebracht werden, so muß er entweder im Gewande einer verlesbaren Urkunde (§ 248 StPO.), sohin als Abschrift oder Auszug aus dem Grundbuch, oder in der Form eines Zeugnisses des Grundbuchbeamten (§ 255 StPO.), sonach als schriftlicher Aufschluß im Sinne des § 542 a. a. O. erscheinen.

Stellt der Staatsanwalt das Verfahren ein, so würde an sich ein Aktenvermerk über den Grundbuchinhalt genügen. Allein für dessen vorgesetzte Stellen ist bei Ueberprüfung des Einstellungsbescheids, sei es auf die jedem Denunzianten zustehende Beschwerde oder von Amts wegen, die vom Grundbuchamte selbst erteilte Auskunft meist unerläßlich, schon deshalb, um ermessen zu können, ob der Aktenvermerk mit dem wirklichen Grundbuchinhalte sich deckt. Ebenso wird das Oberlandesgericht, wenn Antrag auf gerichtliche Entscheidung gemäß §§ 170 ff. StPO. gestellt ist, die Kenntnis des Grundbuchinhalts sich durch das Grundbuchamt unmittelbar verschaffen. Da sich aber in jenem Zeitpunkte des Ermittlungsverfahrens, in welchem die Kenntnis des Grundbuchinhalts nötig wird, meist nicht voraussehen läßt, ob eine Würdigung des Einstellungsbescheids durch die höheren Stellen stattfindet, wird der Grundbuchbeamte dem Ansinnen des Staatsanwalts um Erteilung eines schriftlichen Aufschlusses, einer Abschrift oder eines Auszugs aus dem Grundbuch gewöhnlich zu entsprechen haben. Hier kehrt sich also die in den §§ 543, 546 a. a. O. aufgestellte Regel ins Gegenteil um; die persönliche Einsicht des Grundbuchs durch den Staatsanwalt bleibt auf seltene Fälle beschränkt.

II. Staatsanwalt Hümmer in Weiden.

Aus der Praxis der Gerichte.

Reichsgericht.

A. Zivilsachen.

I.

Das dem Eigentümer aus einem Rangvorbehalte nach Maßgabe des § 881 BGB. erwachsene Recht kann nicht für sich allein abgetreten werden. Zulässig ist dagegen die Abtretung eines persönlichen durch Vormerkung gesicherten Anspruchs des Eigentümers auf Rangrücktritt eines Rechts. Auf dem Grundstück der Frau Sch. stand für den Kläger eine Hypothek zu 3800 Mk., bei der vorgemerkt war, daß sich der Kläger verpflichtet habe, mit 2800 Mk. einer einzutragenden Baugeldhypothek von 70000 Mk. den Vorrang einzuräumen. Eine solche angebliche Bauhypothek im Betrage von 74000 Mk. wurde nachträglich für Zimmermeister H. ohne Beifügung ihres Vorrangs eingetragen und später dem Beklagten abgetreten. Dieser versprach, angeblich um die Zwangsversteigerung aus den 3800 Mk. abzuwenden, die ihm der Kläger als den 74000 Mk. vorgehend bezeichnet haben soll, im Frühjahr 1905 mündlich und schriftlich, daß er die Hypothek zu 3800 Mk. vom Kläger übernehmen wolle. In der Klage ist der Vollzug dieser Abmachung, d. i. Zahlung von 3800 Mk. samt Zinsen gegen Uebertragung der Hypothek verlangt. Der Beklagte hat Klagabweisung beantragt, weil ihm der Kläger den versprochenen Hypothekrang nicht gewähren könne. Er behauptete, daß ihm sowohl H. als die ursprüngliche Hypothekschuldnerin Frau Sch. ihre Rechte auf Rangrücktritt der 2800 Mk. abgetreten hätten. Der Kläger bestritt die Zulässigkeit der Abtretung. Das Reichsgericht erklärte die Abtretung für wirksam.

Aus den Gründen: Die Klage muß als unbegründet abgewiesen werden, weil der Vorderrichter einwandfrei festgestellt hat, daß der Kläger unbeschränkten zweiten Rang der von ihm verkauften Hypothek zu 3800 Mk. zugesichert hat, und daß er wegen der bei ihr eingetragenen Verpflichtung zum Rangrücktritt mit 2800 Mk. jenen Rang nicht gewähren, seine Verkäuferpflicht also nicht ganz erfüllen könne. Der Revisionskläger erhebt den Angriff, daß die höchst persönliche Befugnis des Eigentümers aus § 881 BGB., die ihm die Erlangung einer späteren Hypothek ermöglichen solle, unabtretbar und dann erledigt sei, sobald die spätere Hypothek, für deren Erlangung der Rangvorbehalt bestimmt sei, ohne dessen Ausnützung als nachstehend eingetragen werde. Der spätere Hypothekar könne sich daher auf das Recht des Eigentümers nicht berufen. Wäre dies richtig, so hätte der verkauften Hypothek allerdings kein Rechtsmangel angeklebt, der Beklagte könnte sich der Erfüllung des Kaufvertrags nicht weigern. Aber jene Rechtsausführungen der Revision treffen nicht zu. Es muß ihnen zwar zugegeben werden, daß ein bei einer Hypothek für den Eigentümer eingetragener Vorbehalt der Befugnis, ein anderes dem Umfange

nach bestimmtes Recht mit dem Range vor jener Hypothek eintragen zu lassen, ein vollendetes dingliches Recht des Eigentümers bildet, das fest mit dem Eigentum verbunden ist und nach dem Abs. 3 des § 881 auf jeden neuen Grundstückserwerber mit übergeht und das nach fast einstimmiger Ansicht der Rechtslehrer für sich allein nicht gepfändet, daher auch nach § 400 BGB. nicht übertragen werden kann. (Vgl. Turnau-Förster, Liegenschaftsrecht I § 881 II 3 S. 182, Planck III § 881 Anm. 3, Staudinger III § 881 Anm. 2 II c, Serini, Rangvorbehalt S. 45. A. M. allein Neumann, BGB. § 881 Anm. 7). Man kann aber all' dies auf sich beruhen lassen, weil es sich um ein vollkommenes dingliches Recht der bezeichneten Art, um einen Vorbehalt nach § 881 hier überhaupt nicht handelt, sondern nur um den persönlichen Anspruch der Eigentümerin Sch. auf künftigen Rangrücktritt der 2800 Mk. hinter neu einzutragende 70 000 Mk. Denn in der Schuldurkunde über die 3800 Mk. vom 9. Januar 1903 heißt es wörtlich:

„Der Gläubiger der einzutragenden Post von 3800 Mk. ist verpflichtet, einer sog. Baugelderhypothek im Höchstbetrage von 70 000 Mk. . . . . den Vorrang vor einem Teilbetrage von 2800 Mk. seiner Hypothek einzuräumen. . . .“

Auf diese Schuldurkunde ist im Grundbuch bei der Hypothek zu 3800 Mk. in der Spalte „Veränderungen“ in der „Vormerkung“ ausdrücklich Bezug genommen, die „zur Erhaltung des Rechts des Eigentümers, eine Baugeldhypothek im Höchstbetrage von 70 000 Mk. mit dem Vorrang vor einem Teilbetrag von 2800 Mk. dieser Hypothek eintragen zu lassen“, eingeschrieben worden ist. Zwar entspricht der Wortlaut dieser Einschreibung nicht genau dem der Schuldurkunde, aber aus der Bezugnahme auf die Schuldurkunde geht unzweifelhaft hervor, daß nicht ein vollendeter dinglicher Vorbehalt nach § 881 BGB. geschaffen sondern nur der persönliche Anspruch der Eigentümerin auf künftige Vorrangseinräumung nach § 883 daselbst gesichert werden sollte. Ein solcher persönlicher Anspruch unterlag aber der Abtretungsbeschränkung keineswegs, er war nicht unlöslich vom Eigentum und die Eigentümerin konnte frei darüber zugunsten des Inhabers der Hypothek verfügen, welcher der Vorrang eingeräumt werden sollte, und daß in der H.schen Hypothek die gemeinte Baugelderhypothek von 70000 Mk. enthalten war, ist vom Berufungsrichter einwandfrei festgestellt. (Urt. des V. ZS. vom 19. Juni 1907).

1055 — — — n.

II.

Umfang des Schutzes des Namensrechts (§ 12 BGB.). Uebertragung des Rechts auf den Gebrauch des Namens. Die Parteien sind Apothekenbesitzer; der Kläger betreibt eine Apotheke in M., der Beklagte eine Apotheke in B. Letztere gehörte vor Jahren dem Vater des Klägers, der sie im Jahre 1865 verkaufte. Bei der Veräußerung wurde auch die in der Apotheke befindliche Rezeptur auf den Erwerber übertragen und mit ihr ein Rezept zur Herstellung von Rhabarberpillen, die als „Bl.sche Rhabarberpillen“ in den Verkehr gebracht wurden. Ein späterer Erwerber der Apotheke erwirkte in den Jahren 1896 und 1897 bei dem Patentamte für die vorerwähnten Pillen zeichenrechtlichen Schutz und zwar in zweierlei Gestalt, einmal als Wortzeichen — Bl.sche Rhabarberpillen —, sodann als Kombinationszeichen in Gestalt einer runden Etikette, auf der die Bezeichnung Bl.sche Rhabarberpillen durch stärkeren Druck hervortritt. Der Kläger beantragte, den Beklagten zu verurteilen, in die Löschung der Warenzeichen zu willigen. Er stützte seinen Anspruch auf den § 12 BGB. Die erste Instanz verurteilte den Beklagten nach dem Klageantrag. Die Berufung des Beklagten wurde zurückgewiesen. Das Berufungsgericht erachtet den § 12 BGB. für anwendbar und alle seine Voraussetzungen für gegeben. Der Einwand des Beklagten, durch das zwischen ihm und dem Vater des Klägers begründete Rechtsverhältnis sei ihm die Eintragung der Warenzeichen gestattet, mindestens sei diese nachträglich genehmigt worden, wurde vom Berufungsgericht verworfen. Die Revision hatte Erfolg.

Aus den Gründen: Das OLG. geht mit Recht davon aus, daß § 12 BGB. an sich hier anzuwenden ist. Es ist anerkannten Rechts, daß neben den im Gesetze vom 12. Mai 1894 geordneten zeichenrechtlichen Löschungsgründen die sonst begründeten privatrechtlichen Titel — seien es Namens- Firmenrechte oder Rechte aus dem Gesetze zur Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbs — in Kraft bleiben, vermöge deren der Verletzte die Beseitigung der Beeinträchtigung seines Rechts durch Löschung des Warenzeichens verlangen darf. Nach § 12 BGB. kann der berechtigte Träger eines Namens Beseitigung der Beeinträchtigung verlangen, wenn ein anderer sein Interesse dadurch verletzt, daß er unbefugt den gleichen Namen gebraucht. Die Voraussetzung, daß der Beklagte den gleichen Namen wie der Kläger gebraucht, mag dadurch erfüllt sein, daß er den Familiennamen, wenn gleich in abgeleiteter Form, mit einem Zusatz zur Herstellung seines Warenzeichens benutzt. Auch mag der Kläger an sich ein berechtigtes Interesse daran haben, daß der Beklagte nicht den gleichen Namen gebraucht. Zwar ist der Kläger trotz der Eintragung des Warenzeichens nicht gehindert, seinen Namen zur Bezeichnung der eigenen Waren zu gebrauchen (§ 13 des Gesetzes v. 12. Mai 1894). Er ist indes wegen der Eintragung des Warenzeichens für den Beklagten nicht in der Lage, ein gleiches oder zum Verwechseln ähnliches Warenzeichen für sich eintragen zu lassen. Mit Recht aber macht die Revision geltend, daß der Gebrauch des Namens durch den Beklagten kein unbefugter ist. Nach dem Sachverhalt überließ der Vater des Klägers im Jahre 1865 beim Verkauf der Apotheke in B. dem damaligen Erwerber ohne jede Einschränkung das Rezept zur Herstellung der unter der Bezeichnung „Bl.sche Rhabarberpillen“ in den Verkehr gebrachten Pillen; seitdem geschah ihre Herstellung und gewerbliche Verwertung als Bl.sche Rhabarberpillen uneingeschränkt und mit Wissen und Willen des Vaters des Klägers durch die Inhaber der Apotheke in B.; Karl Bl. selbst enthielt sich fortan ihrer Fabrikation. Die so schrankenlos erfolgte Uebertragung seines Rechts schuf für die Besitzer der Apotheke in B. die Befugnis zu jeder überhaupt möglichen gewerblichen Verwertung des Rechts. Insbesondere war hierin die Berechtigung eingeschlossen, gegebenen Falls zwecks gewerblicher Verwertung die Eintragung eines entsprechenden Warenzeichens zu verlangen. Es ist unzutreffend, wenn das Berufungsgericht von dem Beklagten den besonderen Nachweis verlangt, daß der Vater des Klägers damals auch das Recht zur Eintragung des Warenzeichens habe übertragen wollen. Damals war ein solches besonderes Recht überhaupt noch nicht gesetzlich geschaffen. Die Entäußerung konnte daher nicht Gegenstand des Abkommens werden. Allein entscheidend war, daß der Veräußerer erkennbar sich jeder rechtlichen Verfügung hinsichtlich der „Bl.schen Rhabarberpillen“ entäußert hatte. Allerdings gab er damit auch solche Rechte auf, die erst durch die künftige Gesetzgebung den Gewerbetreibenden verliehen worden sind, insbesondere also auch das Recht zur Eintragung als Warenzeichen. Allein die Aufgabe aller dieser Rechte ist nur die notwendige Folge dessen, daß er sich jeder rechtlichen Beziehung zu dem gewerblich hergestellten Medikamente begeben hatte, nicht ein zu erweisender besonders gewollter Vertragsinhalt. (Urt. des IV. ZS. vom 20. Juni 1907).

1033 — — — n.

III.

Begriff der verfassungsmäßig berufenen Vertreter einer Aktiengesellschaft im Sinne der §§ 30, 31 BGB. Eine Aktiengesellschaft besaß in B. und anderen Orten Fabriken. Nach ihrem Statut konnte ihr Vorstand mit Zustimmung des Aufsichtsrats den Betrieb von Geschäften für die Gesellschaft und deren Vertretung in Bezug auf diese Geschäftsführung einzelnen Vorstandsmitgliedern oder anderen Bevollmächtigten oder Angestellten der Gesellschaft übertragen. In Gemäßheit dieser Bestimmung wurde die Leitung der chemischen Fabrik, welche die Gesellschaft in O. betrieb, einem akademisch gebildeten Chemiker übertragen. In einem Rechtsstreite wegen Schadensersatzes wurde u. a. die Frage streitig, ob er ein verfassungsmäßig berufener Vertreter der Gesellschaft im Sinne der §§ 30, 31 BGB. sei. Sie wurde vom Reichsgerichte bejaht.

Gründe: Nach dem Tatbestande des ersten Urteils war zwischen den Parteien unstreitig, daß dem Kl. von dem Vorstande der beklagten Gesellschaft gemäß Art. 18 Satz 2 und 3 des Gesellschaftsstatuts die Geschäftsführung und Vertretung der Gesellschaft in Ansehung der Werke in O. übertragen war. Allerdings hat die Beklagte gleichwohl bestritten, daß Kl. ihr verfassungsmäßiger Vertreter im Sinne von § 31 BGB. gewesen sei, und nach dem Tatbestande der 2. Instanz und dem Schriftsatze vom 1. Oktober 1906 zur Begründung dieser ihrer Meinung geltend gemacht, Kl. sei nicht juristischer Vertreter der Gesellschaft, sondern lediglich technischer, wenn auch statutenmäßig bestellter Leiter der Zweigfabrik in O. Aus diesem Vorbringen ergibt sich höchstens, daß die Beklagte ihre früheren Angaben über die Stellung des Kl. dahin einschränken oder erläutern wollte, dieser sei zu ihrer Vertretung nur insoweit berufen gewesen, als es sich um die Leitung der Fabrikation und um die damit in Verbindung stehenden Geschäfte gehandelt habe, nicht aber in Ansehung des kaufmännischen Teils, er sei also insbesondere nicht zum Abschluß der Geschäfte über den Einkauf des Rohmaterials und den Absatz der in der Fabrik hergestellten Produkte ermächtigt gewesen. Dadurch wird aber nicht ausgeschlossen, daß Kl. Vertreter der beklagten Gesellschaft im Sinne von § 30 BGB. war, es war dann nur seine Vertretungsmacht auf die technische Leitung des Unternehmens beschränkt; in dieses Gebiet aber fällt der Vorgang vom 24. Dezember 1903, bezüglich dessen dem Beklagten Kl. schuldgegeben wird, daß er versäumt habe, in zureichender Weise diejenigen Maßnahmen anzuordnen, welche nach Lage der Sache zur Abwendung der aus dem Oeffnen der Chlorkalkkammern für dritte Personen erwachsenden Gefahren erforderlich gewesen seien. (Urt. des VI. ZS. vom 11. Juli 1907).

1034 ———n.

IV.

Begriff des im Instanzenzuge zunächst höheren Gerichts im Sinne des § 36 ZPO. Dem Gesuche des Rechtsanwalts Dr. L. in M., für die Klage der Inspektorswitwe M. in M. gegen den Bauunternehmer M. G. in M. und den Sägewerksbesitzer J. F. in H. auf Grund des § 36 Ziff. 3 der ZPO. das zuständige Gericht zu bestimmen, kann nicht stattgegeben werden, da nach ständiger Praxis des Reichsgerichts nicht dieses, sondern das Bayer. Oberste Landesgericht zur Bestimmung des zuständigen Gerichtes berufen ist, sofern, wie hier der Fall, die mehreren Beklagten ihren allgemeinen Gerichtsstand ohne Ausnahme in Bayern haben, auch in den Fällen, in denen über die Revision das Reichsgericht zu entscheiden haben würde. (Beschluß des FerienZS. vom 30. August 1907, IV 651/07).

1041 ——————nger.

Bemerkung des Einsenders: Die zur Begründung dieses Beschlusses herangezogene ständige Praxis des Reichsgerichts in der vorwürfigen Frage scheint wenig bekannt zu sein. Die in der Praxis am häufigsten angewendeten Kommentare zur ZPO. von Seuffert und Gaupp-Stein geben noch in den letzten Auflagen in den Bemerkungen zu § 36 ZPO. übereinstimmend der Ansicht Raum, daß das Reichsgericht auch in den Fällen, in denen die mehreren Beklagten ihren allgemeinen Gerichtsstand im Bezirke verschiedener bayerischer Oberlandesgerichte haben, das zuständige Gericht zu bestimmen hat, wenn es für die Revision in der Sache zuständig ist. Ein Hinweis auf abweichende Meinungen in Theorie oder Rechtsprechung findet sich dort nicht. Angesichts dieses Widerspruchs der Meinungen in Theorie und Praxis wäre eine Erörterung der Frage nicht unerwünscht. Insbesondere würde eine erschöpfende Würdigung der Gründe für die Stellung des Reichsgerichts ein um so größeres Interesse bieten, als der Wortlaut des Gesetzes für die in den angeführten Kommentaren vertretene Ansicht zu sprechen scheint.

B. Strafsachen.

I.

Wirkung der Aufrechthaltung der Feststellungen zur Schuldfrage bei Aufhebung des Urteils im übrigen. Berücksichtigung neuer für die Strafbemessung erheblicher Tatsachen — volle Strafmündigkeit — bei der neuen Verurteilung. Das frühere Urteil der Strafkammer war aufgehoben worden, weil die Feststellung fehlte, ob die nach dem Urteile noch nicht 18 Jahre alte Angeklagte bei Begehung der strafbaren Handlung die zur Erkenntnis ihrer Strafbarkeit erforderliche Einsicht besessen hatte. Die Aufhebung hatte sich nicht auf die Feststellungen zur Schuldfrage erstreckt. In dem nunmehr angefochtenen Urteile ist festgestellt, daß die Angeklagte zur Zeit der Begehung der Tat 18 Jahre alt war. Die Strafe wurde nach Maßgabe des § 57 StGB. bemessen. Dies wurde nicht gebilligt. . . . Wenn in dem früheren Revisionsurteile von dem ersten Urteile der Strafkammer die Feststellungen zur Schuldfrage aufrecht erhalten sind, so bedeutet das nur, daß die Tatbestandsfeststellung für das weitere Verfahren maßgebend bleibt und nicht mehr in Zweifel gezogen werden darf. Insoweit dürfen daher auch Tatsachen, in denen der Tatbestand als verwirklicht angesehen ist und deren Wegfall mithin der Tatbestandsfeststellung den Boden entziehen würde, nicht weiter in Frage gestellt werden. Wäre also z. B., wie hier ursprünglich angenommen wurde, die Angeklagte z. Z. der Tat noch nicht ganz strafmündig gewesen, wäre aber das Vorhandensein der erforderlichen Einsicht festgestellt worden, so könnte fortan diese Einsicht nicht mehr in Zweifel gezogen und verneint werden. Es würde aber aus der ausgesprochenen Aufrechthaltung der Feststellung zur Schuldfrage nicht folgen, daß die Angeklagte für das weitere Verfahren nun auch unter allen Umständen als nicht ganz strafmündig angesehen und behandelt werden müßte. Denn die Tatsache der vollen Strafmündigkeit würde die Tatbestandsfeststellung nicht nur nicht in Frage stellen, sondern ihr im Gegenteil insofern eine noch weitere Rechtsgrundlage geben, als es auf die Frage der Einsicht überhaupt nicht mehr ankam. Anderseits kommt der Mangel voller Strafmündigkeit, wenn einmal auf Grund eines der Tatbestände des Strafgesetzes Verurteilung erfolgt ist, überhaupt nur noch im Sinne des § 57 StGB. für die Strafzumessung in Betracht. Insoweit ist aber das frühere Urteil vollständig aufgehoben, so daß alle für die Strafzumessung erheblichen Tatsachen, soweit sie nicht in dem vorstehend dargelegten Sinne schon mit der Tatbestandsfeststellung gegeben sind, erneut zu prüfen und festzustellen sind. Deshalb ist auch die

Frage, ob die Angeklagte z. Z. der Tat strafmündig war, von dieser Prüfung nicht ausgeschlossen, vielmehr muß, wenn die Angeklagte damals die volle Strafmündigkeit besaß — wie die Strafkammer jetzt feststellt — diese Tatsache berücksichtigt werden. Damit entfällt die tatsächliche und rechtliche Grundlage für eine Strafbemessung aus § 57 StGB. (Urt. d. V. StS. v. 9. Juli 1907, 5 D. 356/07).

1041 — — — e —

II.

Begriff der den Gegenstand der Untersuchung bildenden Tat und der Teilnahme daran (§ 56 Nr. 3 StPO.). Wie der Eröffnungsbeschluß und das Urteil im Zusammenhalte mit der Anklageschrift ersehen lassen, umfaßte die den Gegenstand der Untersuchung bildende Tat den dem Polizeibeamten W. von den nunmehrigen Zeugen K. und G. und den Angeklagten geleisteten Widerstand. Da die beiden ersteren zur Zeit der Hauptverhandlung gegen die Angeklagten wegen ihrer Beteiligung an diesem Vorgange schon verurteilt waren, mußten sie nach § 56 Nr. 3 StPO. unbeeidigt vernommen werden. Allerdings ist bei der Urteilsfindung eine Aenderung des bei der Nichtbeeidigung mit Recht eingenommenen Standpunktes, daß die beiden Zeugen „als Mittäter wegen der zur Anklage stehenden Tat verurteilt seien" insofern eingetreten, als die Angeklagten nicht wegen Widerstands, sondern nach § 111 Abs. 2 StGB. verurteilt worden sind. Dieser Umstand machte aber (vgl. RGE. Bd. 31 S. 220) eine nachträgliche Beeidigung der Zeugen nicht notwendig, da dadurch die Tat im Sinne des § 56 Nr. 3 StPO. nicht verändert wurde (Entsch. Bd. 32 S. 32). Der Begriff der Tat in diesem Sinne fällt nicht mit dem Tatbestande der dem Angeklagten zur Last gelegten Handlung zusammen (Entsch. Bd. 8 S. 300), umfaßt vielmehr den ganzen, die Tätigkeit der einzelnen Beteiligten in sich schließenden Vorgang, auf welchen die Untersuchung sich bezieht (Entsch. Bd. 11 S. 301) und innerhalb dessen der Tatbestand des dem Angeklagten zur Last gelegten Vergehens verwirklicht wurde und durch die Handlung einer anderen Person, welche an dem Vorgang teilnimmt, möglicherweise der Tatbestand eines andern Vergehens verwirklicht werden kann (Entsch. Bd. 17 S. 102). Unter der Teilnahme an der Tat in diesem Sinne ist aber jede strafrechtlicher Ahndung unterliegende Beteiligung an dem zur Anklage gestellten Vorgange zu verstehen (Entsch. Bd. 12 S. 102). Es ist daher belanglos, daß nach dem Ergebnisse der Hauptverhandlung die Zeugen nicht mehr „Mittäter" der dem Beschwerdeführer zur Last gelegten Handlung sind, da sie immerhin Teilnehmer daran im Sinne des § 56 Nr. 3 StPO. geblieben sind und daher ihre unbeeidigte Vernehmung gerechtfertigt blieb. (Urt. des V. StS. vom 28. Juni 1907, 5 D 346/07).

1042 — — — e —

III.

Schwurgerichtliches Verfahren. Fragestellung bei Mittätern. Ueberflüssige Beantwortung der Frage auf mildernde Umstände. Hinweisung auf Veränderung des rechtlichen Gesichtspunktes. Bekanntgabe des Inhalts von Urkunden auf anderem Wege als durch Verlesung. Den Geschworenen wurden in Ansehung der beiden Angeklagten — Eheleute — die Hauptfragen wegen Raubes unter 1 und 2 je dahin vorgelegt, ob sie schuldig sind ... und zwar der Angeklagte allein oder gemeinschaftlich mit seiner Ehefrau, die Angeklagte gemeinschaftlich mit ihrem Ehemanne dem ... Geldstücke ... weggenommen zu haben und zwar a) mit Gewalt gegen die Person des .., b) auf einer Straße, und weiter je für den Fall der Bejahung der Hauptfragen die Nebenfragen auf mildernde Umstände unter 1a und 1b. Die Geschworenen haben unter Verneinung des Tatbestandsmerkmals der Gewalt die beiden Hauptfragen bejaht, die Nebenfragen verneint. Das Gericht hat den Angeklagten wegen Diebstahls im Rückfalle, die Angeklagte wegen einfachen Diebstahls bestraft. Die Revision rügt, die Einleitung des Berichtigungsverfahrens sei zu Unrecht unterblieben, der Wahrspruch der Geschworenen sei undeutlich und in sich widersprechend. Die Rüge ist nicht begründet. Wie das Reichsgericht wiederholt ausgesprochen hat (Entsch. Bd. 2 S. 100, Bd. 10 S. 317, GoltdArch. Bd. 49 S. 278), wird der Wahrspruch der Geschworenen dadurch, daß sie eine Nebenfrage nach mildernden Umständen beantwortet haben, obwohl deren Beantwortung durch die vorausgegangene teilweise Verneinung der Hauptfrage überflüssig geworden war, nicht in sich widersprechend oder undeutlich. Hier kommt dazu, daß sich durch die teilweise Verneinung der Hauptfrage wenigstens in Ansehung des Angeklagten der Tatbestand einer strafbaren Handlung ergab, bei der das Gesetz die Annahme mildernder Umstände zuläßt; ob diese vorhanden waren, konnte nur durch die Geschworenen entschieden werden (RGE. Bd. 39 S. 97). Der in RGE. Bd. 35 S. 283 behandelte Fall lag wesentlich anders und bedeutet nicht eine grundsätzliche Abweichung von der in den obigen Entscheidungen vertretenen Auffassung; im vorliegenden Falle kann kein Zweifel sein, was die Geschworenen mit ihren Antworten festgestellt wissen wollten und ob sie sich über die Bedeutung der Fragen klar waren.

Die Fragestellung entspricht allerdings insofern nicht dem § 292 Abs. 3 StPO., als in der den Angeklagten betreffenden Hauptfrage 1 bereits eine Antwort über die Mitschuld der Angeklagten und in der diese betreffenden Hauptfrage 2 eine Antwort über die Mitschuld des Angeklagten gefordert wurde (RGE. Bd. 36 S. 18). Hierwegen ist aber eine Beschwerde nicht erhoben und ein eine Verletzung des § 47 StGB. enthaltender Widerspruch ist durch die Beantwortung der Fragen nicht eingetreten, die bei dem Angeklagten die Gemeinschaftlichkeit der Begehung in zulässiger Weise (Entsch. v. o. und Bd. 37 S. 215) offen ließ, bei der Angeklagten aber bejahte (vgl. Entsch. Bd. 20 S. 188, Bd. 28 S. 343). Daß das Urteil in Ansehung der Angeklagten, bei der allein der § 47 StGB. nach dem Spruche der Geschworenen anzuführen war, diese Anführung unterließ, verstößt allerdings gegen § 266 Abs. 3 StPO., gefährdet aber das Urteil nicht, da nicht anzunehmen ist, daß es darauf beruht, und zwar um so weniger, als es die gemeinschaftliche Begehung der Tat ausdrücklich hervorhebt (vgl. GoltdArch. Bd. 47 S. 374).

Einer Hinweisung auf die Veränderung des rechtlichen Gesichtspunktes (§ 264 StPO.) bedurfte es nicht bei der Verurteilung wegen Diebstahls nach § 242 StGB. (RGE. Bd. 19 S. 224; GoltdArch. Bd. 54 S. 71), wohl aber bei der Anwendung des § 244 a. a. O.: denn nach dieser Richtung die Verteidigung auszudehnen, war der Angeklagte nach der Fragestellung nicht veranlaßt. Auf der unterlassenen Hinweisung beruht aber das Urteil nicht. Wie das Protokoll über die Hauptverhandlung ergibt, ist nach der Verkündung des Wahrspruchs der Geschworenen die Frage des § 244 StGB. zum Gegenstande der Verhandlung gemacht worden. Der Angeklagte war demnach in der Lage, bei seinen Ausführungen und Anträgen nach § 314 StPO. seine Verteidigung in dieser Richtung vorzubringen. Wie er sie bei ausdrücklicher Hinweisung anders hätte einrichten können, ist nicht abzusehen; daß die Voraussetzungen des § 244 StGB. nicht gegeben seien, behauptet die Revision selbst nicht.

Daß die Strafliste des Angeklagten verlesen wurde, auf welche das Urteil neben dem „eigenen in der Hauptverhandlung gemachten Zugeständnis" des Angeklagten Bezug nimmt, ergibt das Protokoll allerdings nicht. Daraus folgt aber noch nicht die von

der Revision gerügte Verletzung der §§ 248, 260, 263 StPO., da das Gericht auch auf andere, zulässige Weise als durch die Verlesung von dem Inhalte der Strafliste Kenntnis erhalten haben kann (vgl. RGE. Bd. 35 S. 198) und die Bezugnahme auf das „Zugeständnis" diese Möglichkeit nahe legt. (Urt. des V. StS. vom 21. Juni 1907, 5 D 420/07). ———e—

1036

Oberstes Landesgericht.

Zivilsachen.

I.

Kann zwischen mehreren minderjährigen Geschwistern ein nicht ausschließlich in der Erfüllung einer Verbindlichkeit bestehendes Rechtsgeschäft vom gemeinschaftlichen Vormund allein geschlossen werden, wenn ein Gegensatz der Interessen nicht vorliegt?[1] **(BGB. §§ 181, 1795, 1915).** Der am 3. April 1905 verstorbene Schlossermeister Paul S. in M. ist von seiner Witwe Anna S. und seinen fünf Kindern, wovon vier minderjährig sind, beerbt worden. Zum Nachlasse gehört ein Anwesen. Zwischen der Witwe, dem volljährigen Sohne und dem zum Pfleger für die vier minderjährigen Kinder bestellten Architekten Franz Xaver S. in M. ist am 2. Mai 1907 ein notariell beurkundeter Auseinandersetzungsvertrag geschlossen worden, in dem in Ansehung des Anwesens bestimmt wurde, daß die sechs Erben Miteigentümer nach den dem Verhältnis ihrer Erbteile entsprechenden Bruchteilen werden sollen. Demgemäß haben die Beteiligten auch die Auflassungserklärungen dahin abgegeben, daß das Eigentum an dem Anwesen zu $^1/_4$ auf Anna S. und zu je $^3/_{20}$ auf die fünf Kinder übergehen solle, und die Eintragung der Miteigentümer in das Grundbuch beantragt. Die getroffenen Vereinbarungen sind von dem Vormundschaftsgericht genehmigt worden. Das Amtsgericht M., Grundbuchamt, hat jedoch die beantragte Eintragung abgelehnt, weil nach § 181 BGB. sowohl bei der Auseinandersetzung als bei der Auflassung jedes der vier minderjährigen Kinder von einem besonderen Pfleger hätte vertreten werden müssen. Die von der Witwe und dem Pfleger namens der vier minderjährigen Kinder eingelegte Beschwerde wurde zurückgewiesen. Anna S. legte weitere Beschwerde ein, welche vom ObLG. mit folgender Begründung dem RG. vorgelegt wurde. Nach dem § 181 BGB. kann ein Vertreter, soweit nicht ein anderes ihm gestattet ist, im Namen des Vertretenen mit sich als Vertreter eines Dritten ein Rechtsgeschäft nicht vornehmen, es sei denn, daß das Rechtsgeschäft ausschließlich in der Erfüllung einer Verbindlichkeit besteht. Diese Vorschrift gilt nach den §§ 1795, 1915 BGB. für den Vormund und den Pfleger neben den dort bestimmten besonderen Beschränkungen ihrer Vertretungsmacht. Das BGB. enthält keine Bestimmung, aus der sich ergibt, daß einem für mehrere Pflegebefohlene bestellten Pfleger gestattet ist, sie bei einem zwischen ihnen vorzunehmenden Rechtsgeschäfte, das nicht ausschließlich in der Erfüllung einer Verbindlichkeit besteht, zu vertreten, wenn ein Gegensatz der Interessen unter ihnen nicht besteht. Eine solche Gestattung kann insbesondere nicht aus der nach § 1915 auf die Pflegschaft entsprechend anzuwendenden Vorschrift des § 1775 entnommen werden, daß für mehrere zu bevormundende Geschwister nur ein Vormund bestellt werden soll, sofern nicht besondere Gründe für die Bestellung mehrerer Vormünder vorliegen, denn ein besonderer Grund für die Bestellung mehrerer Pfleger liegt jedenfalls dann vor, wenn die Geschwister in der Angelegenheit, für die die Pflegschaft angeordnet wird, nicht durch einen gemeinschaftlichen Pfleger vertreten werden können. Dem Vormundschaftsgericht ist auch nicht die Befugnis eingeräumt, die Bestellung eines gemeinschaftlichen Vertreters dadurch zu ermöglichen, daß es ihm die Vertretung der sämtlichen Pflegebefohlenen bei dem vorzunehmenden Rechtsgeschäfte gestattet; der § 1795 läßt eine den Vormund von den dort angeführten Beschränkungen seiner Vertretungsmacht befreiende Anordnung des Vormundschaftsgerichts nicht zu. Die Unstatthaftigkeit der Vertretung mehrerer Mündel oder Pflegebefohlenen bei einem zwischen ihnen vorzunehmenden Rechtsgeschäft durch einen gemeinschaftlichen Vormund oder Pfleger ist in der Literatur ziemlich allgemein anerkannt. Damit stimmt insbesondere auch die Rechtsprechung des Kammergerichts Berlin überein (Jahrb. f. Entsch. d. KG. Bd. 22 A 34, 101, 280, Bd. 23 A 89, EntschFG. Bd. 2 S. 110, 180, Bd. 3 S. 20). Im vorliegenden Falle war sowohl bei dem Auseinandersetzungsvertrag als bei den Auflassungen das Rechtsgeschäft jeweils zwischen dem Erben, um dessen Anteil es sich handelte, und den anderen Erben vorzunehmen, es standen also nicht nur die Mutter und der volljährige Bruder den sämtlichen Pflegebefohlenen sondern, soweit es sich um den Anteil eines jeden von ihnen handelte, auch dieser den anderen Pflegebefohlenen gegenüber. Hieran wurde bei den Auflassungen auch dadurch nichts geändert, daß die Erben die Verfügungen über das zum Nachlasse gehörende Anwesen nach § 2040 Abs. 1 BGB. nur gemeinschaftlich treffen konnten, der erwerbende Erbe also nicht nur die Auflassungserklärung der anderen anzunehmen sondern auch als Teilhaber der Erbengemeinschaft der Uebertragung des Miteigentums auf ihn zuzustimmen hatte. Die in dem Vertrage vom 2. Mai 1907 getroffenen Vereinbarungen hatten, wie sich aus dem § 2042 Abs. 2 in Verbindung mit dem § 753 BGB. ergibt, nicht ausschließlich die Erfüllung einer Verbindlichkeit zum Gegenstand und sind deshalb nach dem § 181 nichtig. Da infolgedessen eine Verbindlichkeit zu den Auflassungen nicht begründet wurde, sind diese gleichfalls nichtig, die beantragte Eintragung ist daher mit Recht abgelehnt worden. Zur wirksamen Vornahme der die Erbteilung bezweckenden Rechtsgeschäfte wird es übrigens nicht unbedingt notwendig sein, vier Pfleger zu bestellen, sondern es werden zwei genügen, wenn sie in der Weise bestellt werden, daß der eine jeweils die veräußernden und der andere jeweils den erwerbenden Pflegebefohlenen zu vertreten hat. Der Mutter und dem volljährigen Bruder gegenüber können die vier Pflegebefohlenen von dem nämlichen Pfleger vertreten werden (neue Samml. v. Entsch. d. ObLG. Bd. 3 S. 311). Aus diesen Gründen würde der Senat die weitere Beschwerde zurückweisen, wenn er sich nicht durch den auf der gegenteiligen Rechtsansicht beruhenden Beschluß des OLG. Colmar vom 12. September 1902 (Rechtspr. des OLG. Bd. 6 S. 39) daran gehindert und genötigt sähe, die weitere Beschwerde gemäß § 28 Abs. 2 des FGG. dem Reichsgerichte vorzulegen. (Beschl. des FZS. vom 6. September 1907, Reg. III Nr. 61/07). W.

1053

II.

Voraussetzungen des Art. 183 GebG. Der wegen Geistesschwäche entmündigte Paul A. lebt mit seiner Frau im Güterstande der Gütertrennung nach dem BGB. Im Jahre 1905 war er als Miteigentümer der aus dem Vermögen der Frau erworbenen PlNr. 4869 1/2 und 4886 StG. M. im Grundbuch eingetragen. An diesen Grundstücken war damals zur Sicherung einer Forderung des Großhändlers K. in M. von 152 000 M. eine Hypothek bestellt; die Hypo-

[1] Anm. des Herausgebers. Wir machen zur Vermeidung von Mißverständnissen darauf aufmerksam, daß der Beschluß hier nur mitgeteilt wird, um die Auffassung des Obersten Landesgerichts bekannt zu geben. Die Richtschnur für die Praxis kann erst der zu erwartende Beschluß des Reichsgerichts bilden, den wir seinerzeit gleichfalls veröffentlichen werden.

thekenforderung war einer Bankfiliale verpfändet. Laut Notariatsurkunde vom 19. Juli 1905 vereinbarten der Vormund des Paul A., der Bevollmächtigte seiner Frau und der Großhändler K. „unter Abänderung der bisherigen Zins- und Zahlungsbedingungen“, daß die Ehegatten A. die Schuld von 152 000 M. vom 1. Juli 1905 an mit jährlich 4½% zu verzinsen, die Zinsen je zur Hälfte am 1. Januar und 1. Juli und das Kapital am 1. August 1912 zu zahlen haben, daß sich der Zinsfuß erhöht, wenn die Schuldner bei der Zahlung der Zinsen in Verzug kommen, daß die Schuldner befugt sind, das Kapital vor der Fälligkeit zu zahlen, daß sie sich der Zwangsvollstreckung unterwerfen und daß im Falle der Abtretung von „Straßengrund“ an die Stadtgemeinde M. der Hypothekengläubiger die abzutretenden Flächen von der Hypothek freizugeben hat. Diese Bestimmungen sind in dem mit Nr. II bezeichneten Abschnitte enthalten. Als Zusatz ist am Rande folgendes beurkundet: K. verzichtet auf die persönliche Haftung des Paul A. für das Hypothekenkapital zu 152 000 M. in Haupt- und Nebensache; dieser Verzicht wird vom Vormunde namens seines Mündels angenommen. Dagegen übernimmt der Vertreter der Frau A. namens seiner Vollmachtgeberin die volle persönliche Schuldhaftung für das Hypothekenkapital und alle Zinsen und sonstigen Nebenleistungen, was vom Gläubiger angenommen wird. Diese Bestimmungen werden zur Abänderung der obigen Verbindlichkeitserklärungen eingefügt.“ Unter Nr. III ist bestimmt, daß die Wirksamkeit des Vertrags, soweit Paul A. daran beteiligt ist, von der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts abhängt. Von den folgenden Abschnitten enthalten Nr. IV, V, VI die Erklärungen des K., daß er die Hypothekenforderung von 152 000 M. der Emma E. in St. abtrete, daß er namens der von ihm vertretenen offenen Handelsgesellschaft K. und K. in M. die Bürgschaft für ihre Zahlung übernehme, und daß er sich verbindlich mache, die Löschung der Verpfändung der Forderung zu bewirken. Der Notar setzte für die Aenderung der Bestimmungen über die Verzinsung und die Zahlung der Schuld eine Gebühr von 1 M., für die Abtretung der Forderung 456 M. und für eine vollstreckbare Ausfertigung 152 M. an. Die Regierung, K. d. F., ordnete die Nachforderung von 456 M. für die Beurkundung des Verzichts des K. auf die persönliche Haftung des Paul A. an, weil zwischen der Abtretung der Forderung und dem Verzicht auf die Mithaftung des A. kein Zusammenhang im Sinne des Art. 183 Abs. 2 des GebG. bestehe. Die Beschwerde der Frieda A. wurde zurückgewiesen. Auch ihre weitere Beschwerde hatte keinen Erfolg.

Aus den Gründen: Der Grundsatz, daß für die Bestimmung der Gebühr der Inhalt der Notariatsurkunde maßgebend ist und daß Umstände nicht berücksichtigt werden können, die sich nicht aus ihr ergeben, gilt auch für die Fälle, in denen darüber zu entscheiden ist, ob für jedes der mehreren in der nämlichen Urkunde enthaltenen Rechtsgeschäfte nach Art. 183 Abs. 1 GebG. eine besondere Gebühr zu erheben ist, oder die Voraussetzungen für die Anwendung des Art. 183 Abs. 2 vorliegen. Die in Nr. II enthaltene Erklärung des Großhändlers K., daß er auf die persönliche Haftung des Paul A. verzichte, und die Annahme des Verzichts durch den gesetzlichen Vertreter bilden einen Vertrag über den Erlaß der Schuld, der ebensogut als Teil eines aus mehreren Vereinbarungen zusammengesetzten Rechtsgeschäfts wie als selbständiges Rechtsgeschäft, mit oder ohne Gegenleistung und auch als abstraktes Rechtsgeschäft (BGB. § 397) möglich ist. Nach den beurkundeten Willenserklärungen der Vertragschließenden steht der von K. erklärte Verzicht mit den übrigen in der Urkunde enthaltenen Rechtsgeschäften nicht in einem solchen Zusamenhange, daß er von ihnen abhängig ist oder eine Bedingung im Sinne des Art. 183 Abs. 2 bildet oder zur Erfüllung einer Leistung oder Gegenleistung erfolgt ist, die nach einem der anderen Rechtsgeschäfte zu bewirken war. Der Verzicht ist schlechthin erklärt; es fehlt insbesondere jede Andeutung davon, daß er erfolgt ist, weil die Schuldner hinsichtlich der Verzinsung und der Zahlung der Schuld dem Gläubiger Vorteile gewährt oder weil sie sich der Zwangsvollstreckung für den Fall unterworfen haben, daß sie das Kapital oder die Zinsen nicht rechtzeitig zahlen. Ebensowenig geht aus der Urkunde hervor, daß ein Zusammenhang besteht zwischen dem Verzicht und der für den Fall der Abtretung von Straßengrund an die Stadtgemeinde vereinbarten Bestimmung oder der Uebernahme der vollen persönlichen Haftung für die Schuld durch Frieda A. oder der Abtretung der Forderung an Emma E. oder den unter Nr. V und VI beurkundeten Erklärungen des K. Ohne Belang ist der äußerliche Umstand, daß die Erklärung des Verzichts nachträglich dem Abschnitte der Urkunde eingefügt wurde, der die neuen Bestimmungen über die Verzinsung und die Zahlung enthält.

Nach Nr. III machten die Vertragschließenden die Wirksamkeit des Vertrags, soweit Paul A. beteiligt ist, von der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts abhängig. Auch hieraus geht nicht hervor, daß es ihr Wille war, die Gültigkeit irgend einer der übrigen in der Urkunde enthaltenen Vereinbarungen von dem Verzicht abhängig zu machen. Der Vertreter der Beschwerdeführerin hat dies auch nicht behauptet, sondern er macht nur geltend, der nach Art. 183 Abs. 2 erforderliche Zusammenhang des Verzichts mit einem der übrigen Rechtsgeschäfte folge daraus, daß das Vormundschaftsgericht die Genehmigung des „Geschäfts“ davon abhängig gemacht habe, daß Paul A. von der persönlichen Haftung für die Schuld befreit wird. Die Befreiung des A. sei also die Bedingung für die Aenderung der Bestimmungen über die Verzinsung und die Zahlung der Schuld gewesen; ohne ihren Eintritt wäre die Aenderung nicht zustande gekommen. Ob diese Behauptung wahr ist, ist belanglos. Verhält sich die Sache so, wie der Vertreter der Beschwerdeführerin behauptet, so hat allerdings der Vormundschaftsrichter seine eigene Entschließung darüber, ob dem Vertrage die Genehmigung zu erteilen sei, davon abhängig gemacht, ob A. von der persönlichen Haftung für die Schuld befreit wird. Aber dadurch, daß sich die Vertragschließenden durch die Willenskundgebung des Vormundschaftsrichters dazu bestimmen ließen, sich über die Befreiung des A. von der persönlichen Haftung zu einigen, haben nicht auch sie die Befreiung zu einer Bedingung für den Eintritt der Wirkung ihres Rechtsgeschäfts gemacht. Wäre es ihr Wille gewesen, die Befreiung des Paul A. von der persönlichen Haftung mit einem ihrer Rechtsgeschäfte, insbesondere mit der Aenderung der Bestimmungen über die Verzinsung und die Zahlung der Hypothekenschuld, in einen inneren Zusammenhang der im Art. 183 Abs. 2 GebG. bezeichneten Art zu bringen, so hätte es als ihre Willenserklärung auch beurkundet werden müssen. Dies ist nicht geschehen. Nach dem Inhalte der Urkunde bildet der Verzicht insbesondere nicht eine Bedingung des Vertrags über die Aenderung der die Verzinsung und die Zahlung der Schuld betreffenden Bestimmungen, sondern beide Rechtsgeschäfte sind voneinander unabhängig. Das LG. hat demnach den Art. 183 Abs. 2 mit Recht für nicht anwendbar erachtet. (Beschluß des II. ZS. vom 22. Mai 1907, Reg. V 4/07). W.

968

Oberlandesgericht München.

I.

Zur Auslegung der §§ 906, 908 ZPO. Aus den Gründen: Die weitere Beschwerde ist nicht gerechtfertigt. Der Schuldner rügt zunächst eine Verletzung des § 908 ZPO., da der Haftbefehl über den Inhalt des zu leistenden Offenbarungseides nichts enthalte. Diese Rüge ist verfehlt. Der Beschluß des AG. enthält die Bezeichnung der Parteien und in einer an den Wortlaut der §§ 807 und 901 ZPO. sich anschließenden Fassung die Angabe des Grundes der Haftanordnung. Mehr ist nicht erforderlich. Aus der Angabe des Grundes der Haftanordnung ist der Inhalt des vom Schuldner zu leistenden Offenbarungseides zu entnehmen. Uebrigens ist im amtsgerichtlichen Beschluß ausdrücklich ausgesprochen, daß „der Offenbarungseid gemäß § 807 ZPO." erzwungen werden soll, so daß der Schuldner, der ja auch die Ladung zum Offenbarungseidtermin zugestellt erhalten hat, nicht im Zweifel sein kann, welchen Offenbarungseid er leisten soll. Dazu kommt, wie im angegriffenen Beschluß zutreffend ausgeführt ist, daß die §§ 908 und 909 ZPO. überhaupt nur Bestimmungen für die zurzeit noch gar nicht in Frage stehende Ausführung der Haftanordnung, d. h. also nur für den Haftvollzug treffen, so daß schon aus diesem Grunde die Rüge des Schuldners ganz fehl geht. Der Beschwerdeführer bekämpft den landgerichtlichen Beschluß ferner, weil darin sein weiterer Einwand mit der Begründung abgewiesen wurde, eine nach § 906 ZPO. dem Haftvollzug entgegenstehende Krankheit (angebliche Gefahr psychischer Störung, sog. Gefängnisneurose) hindere die Haftanordnung nicht, sei übrigens hier auch durch nichts glaubhaft gemacht. Auch diese Rüge beruht auf einem Rechtsirrtum. Die Voraussetzungen der Haftanordnung sind im § 901 ZPO. erschöpfend geregelt; daß der Schuldner in der Lage ist, die anzuordnende Haft ohne Gefährdung seiner Gesundheit zu ertragen, gehört nicht zu diesen Voraussetzungen. Das ergibt sich auch aus dem klaren Wortlaut des § 906 ZPO., nach welchem der Vollzug der Haft so lange zu hemmen ist, als durch sie die Gesundheit des Schuldners einer nahen und erheblichen Gefahr ausgesetzt wird. Die Folge ist, daß ein Schuldner, gegen den nach § 901 ZPO. die Haft angeordnet wurde, sich gegen den Beschluß nicht aus dem Grunde beschweren kann, weil er die Haft ohne erhebliche Gesundheitsgefährdung nicht ertragen könne. Das Mittel, das ihm die ZPO. zur Abwendung einer solchen Haftvollstreckung an die Hand gibt, ist eine gemäß § 766 ZPO. zu erhebende Einwendung bei dem Vollstreckungsgericht und nicht die Beschwerde zum Landgericht gegen die Haftanordnung. Bei dieser Rechtslage kann derzeit in eine Prüfung nicht eingetreten werden, ob die Voraussetzungen des § 906 ZPO. beim Schuldner gegeben sind. (Beschl. vom 6. September 1907, BeschwR. 520/07).

1048 N.

II.

Umfang und Gegenstand der zur Anfechtung nach § 2 AnfG. erforderlichen Zwangsvollstreckung in das Vermögen des Schuldners und Fälligkeit der Forderung des Gläubigers nach § 2 AnfG. im Zusammenhalte mit § 111 ZwVG., § 772 II BGB. und § 777 ZPO. Die Kläger fochten auf Grund eines in der Richtung gegen die Beklagten vollstreckbaren Kaufvertrages einen von den Beklagten mit ihrem Sohne und dessen Ehefrau abgeschlossenen Gutsübergabsvertrag an. Nach dem Kaufvertrag haben die Beklagten den Kaufpreis von 9737 Mk. mit 5 % jährlich zu verzinsen und in 10 Jahresfristen ab 1. Januar 1905 zu zahlen. Für den Kaufpreis ist Hypothek an 1. Stelle auf dem verkauften Grundstück eingetragen. Die Beklagten waren mit den Zinsen ab 26. Juli 1904 und den Fristen für Januar 1905 und 1906 im Rückstande, insgesamt mit 2642,51 Mk. Eine Mobiliarpfändung blieb erfolglos. Die Anfechtungsklage wurde abgewiesen, weil die Kläger die Zwangsvollstreckung in das von ihnen den Beklagten verkaufte Grundstück, welches diese nicht mitübergeben hatten, nicht versucht hätten; „die Zwangsvollstreckung in das Vermögen" des Schuldners erfordere nach § 2 AnfG., daß der Gläubiger die Zwangsvollstreckung in alle verwertungsfähigen Vermögensstücke des Schuldners versucht hat; die Zwangsvollstreckung in das Grundstück würde zur vollen Befriedigung der fälligen Forderung von 2642 Mk. führen können, weil sein Wert immerhin 1/3 dessen Kaufpreises betrage. Die Kläger haben Berufung eingelegt. Während des Berufungsverfahrens ist das Grundstück der Beklagten um 5000 Mk. zwangsweise versteigert worden; auf die Kläger entfielen 4863,70 Mk., ihre Hypothek wurde gelöscht. Die Berufung wurde kostenfällig zurückgewiesen.

Aus den Gründen: Der Entscheidungsgrund des Erstrichters ist zu billigen; abzulehnen ist die Meinung der Kläger, daß dem Anfechtungsgläubiger gegenüber die Verweisung auf ein ihm zustehendes Pfandrecht nur insoweit zulässig sei, als der Schuldner selbst den Gläubiger auf die Sicherheit verweisen könne. Entscheidend ist nach § 2 AnfG., ob anzunehmen ist, daß die Vollstreckung zu einer Befriedigung des Gläubigers führen würde. Bei der jetzigen Sachlage ist aber auch dem Erfordernisse der Fälligkeit nicht mehr genügt. Nach § 111 ZwVG. gilt zwar ein betagter Anspruch als fällig. Diese Vorschrift reicht nicht über das Zwangsversteigerungsverfahren hinaus, außerhalb des Verfahrens bleibt es bei den sonstigen Zahlungsbestimmungen und es ist nur zu prüfen, inwieweit die Forderung durch eine im Versteigerungsverfahren erfolgte Zahlung beeinflußt wird. Aus § 772 II BGB. und § 777 ZPO. ist nicht abzuleiten, daß der Gläubiger seine Sicherheit für die Forderungen zurückbehalten darf, die er gegenwärtig noch nicht beitreiben kann oder will, noch daß er den Erlös der Sicherheit auf die noch nicht fälligen Teilbeträge anrechnen darf. Die Lösung ist aus § 366 BGB. zu entnehmen, dessen Abs. II auch auf zwangsweise Beitreibungen entsprechende Anwendung findet. Hiernach ist zunächst die fällige Schuld als durch die Zahlung der 4863,71 Mk. getilgt anzusehen. Bei einer in Raten zahlbaren Schuld besteht der Anfechtungsanspruch nur für die jeweils fälligen Raten, weshalb ein solcher zurzeit nicht gegeben ist. Denn wenn auch die 4863,71 Mk. unter der Fiktion der Fälligkeit der Forderung ausbezahlt worden sind, kann die Anwendung des § 366 BGB. nicht als ausgeschlossen gelten, weil außerhalb des Zwangsversteigerungsverfahrens immer noch fällige und nicht fällige Schulden (Raten des Kaufpreises) zu unterscheiden sind. Mehr als die Kläger erhielten, haben sie hiernach zurzeit nicht zu verlangen. (Urt. vom 4. Mai 1907, BR. Nr. II 402/06 L).

935 V....

Oberlandesgericht Augsburg.

Umfang der Haftung des Wirtes für Unfälle. Hängt sie von der Mißachtung bau- oder gewerbepolizeilicher Anordnungen ab? Entscheidung über Kosten in Zwischenurteilen (§§ 823 BGB., 92, 97, 304 ZPO.). Der Bauer S. in H. erlitt am 16. März 1906 in dem Gastwirtschaftsanwesen des J. Schr. in Th., wo damals im Saale des ersten Stockwerkes die Landratswahl abgehalten wurde, dadurch eine schwere Luxation der rechten Schulter, daß er, als er nach Ausübung seines Wahlrechtes in das im Erdgeschosse befindliche Wirtschaftsnebenzimmer zurückkehren wollte, im eifrigen Gespräche die Türe zu diesem Nebenzimmer mit der daneben liegenden Kellertüre verwechselte, diese damals zugemachte, aber nicht zuge-

schlossene und auch nicht verschließbare Türe öffnete, bei der Vorwärtsbewegung des nach vorne geneigten Körpers, die nicht mehr aufzuhalten war, sofort merkte, daß es abwärts gehe, zur Bewahrung vor einem Sturze über die jäh und steil abwärts führende Kellertreppe sich an der Türklinke gewaltsam festhielt und sich dadurch die rechte Schulter ausrenkte. Sch. war damals zum ersten Male in dieser Wirtschaft. Diese war an jenem Tage wegen der Landratswahl von Wählern stark besucht. Das Wirtshaus war von dem Besitzvorfahrer des Schr. im Jahre 1886 oder 1887 neuerbaut und im Jahre 1892 von Schr. gekauft worden. Bauliche Aenderungen waren in der Zwischenzeit nicht vorgenommen worden. Weder bei der baupolizeilichen Genehmigung des Neubaues noch bei Erteilung der Wirtschaftskonzession an den Vorbesitzer und an Schr. waren von der zuständigen Behörde wegen der Beschaffenheit der Kelleranlage Auflagen gemacht worden. Die Kellertüre bildete zur Türe zum Wirtschaftsnebenzimmer im Hausflur des Erdgeschosses einen rechten Winkel, beide Türen hatten gelben Anstrich, die Klinke der Kellertüre war rechts und die Klinke zum Nebenzimmer links an den Türfüllungen angebracht, so daß beide Klinken hart nebeneinander sich befanden. Wer vom Wirtschaftszimmer oder vom Wirtschaftsnebenzimmer zur Schenke, Speise, zum Abort, in den ersten Stock wollte, mußte mehr oder weniger an der Kellertüre vorüber. Von der noch außerhalb liegenden Schwelle der Kellertüre ging es sogleich ohne Absatz zur zweiten 20 cm tiefen zweiten Stufe und dann steil abwärts in den Keller. Die beiden Türen zum Keller und zum Wirtschaftsnebenzimmer gingen nach innen auf. An der Kellertüre befand sich in Augenhöhe — 2 m hoch — in gewöhnlicher, deutlicher deutscher Schrift die Aufschrift „Keller". Die damaligen Lichtverhältnisse auf dem Vorplatze verhinderten das Lesen der Aufschrift an der Kellertüre nicht. S. machte den Schr. nach § 823[1] BGB. für den Schaden haftbar, weil die Lage und Beschaffenheit der Kelleranlage sicherheitsgefährlich seien und die Duldung dieses für den Unfall kausalen Zustandes dem Beklagten als Fahrlässigkeit angerechnet werden müsse. Der Beklagte behauptete, daß der Kläger an dem Unfall selbst schuld sei, da er die Aufschrift nicht beachtet und gedankenlos die falsche Türe geöffnet habe. Das LG. erklärte den Klageanspruch dem Grunde nach für begründet. Auf Berufung des Beklagten erkannte das OLG. den Klageanspruch nur zu drei Viertel für begründet und behielt die Entscheidung im Kostenpunkte dem Endurteile vor.

Gründe: Die Lage des Kellers an einem leicht zugänglichen Platze, der Mangel der Verschließbarkeit der Kellertüre, der unvermittelte Uebergang vom Vorplatze in die Tiefe, der jähe Abfall der Kellerstufen, die Nachbarschaft und das gleiche Aussehen der Keller- und der Wirtschaftsnebenzimmertüre, und die dadurch bedingte große Möglichkeit der Verwechslung enthielten für eine Wirtschaft einen sicherheitsgefährlichen Zustand, dessen Erkenntnis dem Beklagten bei einer 14jährigen Besitzzeit und persönlichen Wirtschaftsausübung nicht entgehen konnte. Bei Anwendung verkehrsüblicher, pflichtgemäßer Sorgfalt mußte er die Gefährlichkeit dieser Anlage erkennen. Wegen der Duldung dieses Zustandes, der für den Unfall ursächlich war, trifft ihn mit Recht der Vorwurf der Fahrlässigkeit. Wer in einem Wirtshause einen Verkehr für Andere eröffnet, ist verpflichtet, die zum Schutze des Lebens und der Gesundheit der darin verkehrenden Gäste erforderlichen Maßnahmen zu treffen. Es fragt sich, ob der Beklagte die im Verkehr erforderliche Sorgfalt dadurch erfüllt hat, daß er an der Kellertüre die Aufschrift: „Keller" anbrachte; diese Frage ist zu verneinen. Für unerwachsene Kinder, für Betrunkene, für sorglose, unaufmerksame Gäste, auch für Wirtschaftsbesucher, welche wie damals der Kläger von der Seite her das Wirtschaftsnebenzimmer aufsuchten, gewährte die Aufschrift keinen absoluten Schutz vor Betretung der Kellertüre und vor Sturz über die steilen und geländerlosen Kellerstufen in die Tiefe. Der glückliche Umstand, daß sich seit Bestehen der Wirtschaft kein Unfall ereignet hat, ist belanglos. Die Nichtbeanstandung der baulichen Anlage bei der Genehmigung des Neubaues im Jahre 1886 oder 1887 und bei der Erteilung der Bewilligung zur Wirtschaftsausübung kann den Beklagten nicht entlasten, weil es sich dort um die Prüfung der Frage handelte, ob der Neubau den Vorschriften der damals geltenden Bauordnung vom 19. September 1881 genügte, hier um die Prüfung der Angemessenheit der Räume für den Wirtschaftsbetrieb. Vom Standpunkte der Bauordnung ließ sich die Anlage nach dem Gutachten des Sachverständigen nicht beanstanden. Es war nicht an dem, daß der gefahrdrohende Zustand nur durch einen kostspieligen Anwesensumbau oder durch sonstige Maßnahmen gehoben werden konnte, die mit unerschwinglichem Geldaufwand verbunden gewesen wären. Wenn aber auch den Beklagten an dem Schaden das überwiegende Verschulden trifft, so ist doch auch der Kläger hieran schuldig. Die damalige Tageszeit und die Lichtverhältnisse im Vorplatze ermöglichten es ihm, die Aufschrift an der Kellertüre zu lesen. Der Kläger war damals zum ersten Male in der Wirtschaft des Beklagten gewesen und hätte deshalb in dem ihm unbekannten Hause besondere Vorsicht und Aufmerksamkeit anwenden müssen. Wenn er nun im eifrigen Gespräche mit anderen die Kellertüre öffnete, ohne sie vorher anzuschauen, so hat er selbst — allerdings in minderem Grade als der Beklagte — fahrlässig gehandelt. Der Ausspruch im Kostenpunkte war dem Endurteile vorzubehalten (JW. 1902 S. 182 Nr. 5). Ueber die Verpflichtung zur Kostentragung ist regelmäßig erst im Endurteile nach § 91 ZPO. zu erkennen, so daß in einem Urteile nach § 304 ZPO. die Entscheidung über die Prozeßkosten in der Regel zu unterbleiben hat. Der Fall des § 97[1] ZPO. daß nur ein gegen ein Zwischenurteil nach § 304 ZPO. eingelegtes Rechtsmittel zurückgewiesen wird, liegt hier nicht vor, weil die Berufung des Beklagten teilweisen Erfolg gehabt hat. Die Kosten sind auch nicht nach § 92 Abs. 1 verhältnismäßig zu teilen. Der § 92 ZPO. setzt eine Endentscheidung voraus; ein Zwischenurteil nach § 304 ZPO. ist keine solche (Zwischen-Urt. v. 11. Juli 1907).

1052 Mitget. von Oberlandesgerichtsrat Schwarz in Augsburg.

Landgericht München I.

Zuständigkeit für die Bewilligung der öffentlichen Zustellung notarieller Schuldbekenntnisse (§§ 794, 797 ZPO.). Die ZPO. bestimmt über diese Zuständigkeit nur, daß die öffentliche Zustellung vom „Prozeßgericht" zu bewilligen ist (§ 204) und trifft in § 797 Abs. 3, 5 nur für einzelne Fälle Anordnung, welches Gericht an Stelle des bei exekutorischen Urkunden nicht vorhandenen Prozeßgerichts tätig zu werden hat. Oeffentliche Zustellung (und Armenrecht) sind dort nicht genannt; es erübrigt daher nur, diese Lücke zweckentsprechend zu ergänzen, worüber freilich in Rechtslehre und Praxis Streit besteht. Das künftige Vollstreckungsgericht als solches kann nicht in Frage kommen, da es sich nur um die Vorbereitung der Zwangsvollstreckung (§ 750 ZPO.) handelt und eine dem Art. 135 BayPO. analoge Vorschrift in der ZPO. mangelt. Das für einen ordentlichen Prozeß auf die Vollstreckungssumme oder den Betrag des Vollstreckungstitels sonst zuständige Gericht kann nicht wohl Prozeßgericht für eine Urkunde sein, die geradezu als Gegensatz und Ersatz für den Prozeß konstruiert ist. Es bleibt hiernach

nur die Wahl zwischen der Zuständigkeit nach Abs. 3 und nach Abs. 5 des § 797 ZPO. Die langjährige Praxis des AG. und LG. München I hat sich mit Recht für die erstere Zuständigkeit (Amtsgericht des Notariatssitzes) und zwar hauptsächlich deshalb entschieden, weil die Art des streitigen Geschäfts (Zustellung) am nächsten mit den in Abs. 3 genannten Akten verwandt ist, die Behelligung des Kollegialgerichts und der Anwaltszwang damit entfällt und die Zuständigkeit sich stets auf ein einziges Gericht beschränkt, das aus der Urkunde selbst sofort festgestellt werden kann. Auf diese Weise ist im Gegensatz zu Abs. 5 auch dann noch ein zuständiges Gericht für die Bewilligung der öffentlichen Zustellung vorhanden, wenn der Schuldner seinen allgemeinen Gerichtsstand außerhalb des Deutschen Reichs und derzeit auch kein Vermögensstück innerhalb des deutschen Gebiets hat. Diese amtsgerichtliche Zuständigkeit aus § 797 Abs. 3 ZPO. entspricht auch am besten der notwendigen Einheitlichkeit des Armenrechts für alle deutschen Vollstreckungsgerichte. (Beschl. vom 24. August 1907, BeschwR. 433/07). N.

1047

Literatur.

Staudinger's Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch und dem Einführungsgesetze. 3./4. neubearbeitete Auflage. Lieferungen 1—8. München 1907, J. Schweitzer Verlag (Arthur Sellier). Preis Mk. 42.90.

Kaum ein Jahr ist verflossen, seitdem in dieser Zeitschrift über die Vollendung der 2. Auflage berichtet wurde, und schon liegen stattliche Lieferungen einer neuen Auflage vor. Dieser ungewöhnliche Erfolg zeigt zur Genüge, wie hoch die Praxis den Kommentar schätzt. Die schwierige Aufgabe, einen Ueberblick über die gesamte Literatur zu geben, ohne doch auf die Kundgabe eigener Meinung und auf kritische Würdigung zu verzichten, ist in glücklichster Weise gelöst. Die übersichtliche Gliederung des Stoffes ist trotz des erneuten Anschwellens der Erläuterungen nicht verloren gegangen. Auch die Einheitlichkeit der Darstellung ist gewahrt. von der Pfordten.

Lindner, F., Stadtsekretär in Wasserburg. **Der Gewerbeaufsichtsdienst bei den Ortspolizeibehörden.** Handbuch mit Taschenlexikon und auswechselbarer Revisionsübersicht. 2. Aufl. München 1907, J. Schweitzer Verlag (Arthur Sellier). Preis gebd. 2 Mk. 50 Pfg.

Das anerkannt praktische Werkchen gibt vor allem einen Ueberblick über die Bestimmungen zugunsten der Kinder, jugendlichen und erwachsenen Arbeiter und Arbeiterinnen, dann über die Sonntagsruhevorschriften. Abschnitte über Aktenhaltung und Vornahme der Revisionen gehen dem „Taschenlexikon zur Ausübung des Revisionsdienstes“ voraus, das den Hauptinhalt der für die einzelnen in alphabetischer Folge aufgeführten Gewerbebetriebe geltenden Arbeiterschutzvorschriften wiedergibt. Das Buch wird auch für den Richter sich sachdienlich erweisen. Dr. Sch.

Kaisenbergs Tabellen der bei Notariatsgeschäften anfallenden Staats-, Gemeinde- und Notariatsgebühren. 2. durch eine Wandtabelle vermehrte Ausgabe. gr. 8°. IV u. 239 S. München 1907, J. Schweitzer Verlag (Arthur Sellier). Gebd. in Ganzl. Mk. 7.—.

Diese Tabellen, die bisher den II. Teil des Kaisenbergschen Kommentars zur bayer. Notariatsgebührenordnung bildeten, sind jetzt nach dem gegenwärtigen Stande der Gesetzgebung ergänzt in 2. Ausgabe erschienen. Die Tabellen, welche in der übersichtlichsten und die rasche Auffindung jeder gewünschten Gebührenzahl sehr erleichternden Form für alle Wertssummen von 1 bis 5 000 000 Mk. sämtliche Sätze an verhältnismäßigen Gebühren des Staates, der Gemeinden und der Notare, je auf Doppelseiten gegenübergestellt, enthalten, bildeten schon bisher ein durch ihre Zuverlässigkeit und praktische Einrichtung allgemein beliebtes und benütztes Hilfsmittel für den täglichen Handgebrauch bei den Notariaten. Sie werden als solches in der neuen Buchform besonders vom Hilfspersonal der Notariate überall geschätzt und gebraucht werden. Die zwei in der ersten Ausgabe eingeschlichenen Druckfehler sind nunmehr berichtigt. Eine wertvolle Bereicherung des Buches ist die beigegebene Wandtabelle, welche in gedrängtester augenfälliger Form rasch die Lösung der bei Notariaten alltäglich vorkommenden Gebührenfragen ersehen läßt. — — tz.

Notizen.

Die bayerische Justizstatistik für das Jahr 1906 ist soeben im Verlage von Christian Kaiser in München erschienen. Sie enthält heuer neues Material, nämlich Uebersichten über die vorläufige Entlassung und über die Dauer der Untersuchungshaft im Verfahren vor den Landgerichten in erster Instanz und den Schwurgerichten. Die Statistik zeigt, daß der Anfall an Zivilstreitsachen, der zeitweise zurückging, 1906 wieder gestiegen ist. Bei den Amtsgerichten hat von 1905 auf 1906 die Zahl der Zahlungsbefehle um rund 2000, die der gewöhnlichen Prozesse um etwa 7400 zugenommen. Auch die Wechselprozesse, die von 1902 bis 1905 eine stetige Minderung aufwiesen, sind wieder häufiger geworden (Mehrung rund 600). Der Rückgang der Zwangsversteigerungen von Gegenständen des unbeweglichen Vermögens, der seit 1902 zu bemerken ist, hat dagegen auch im Jahre 1906 angehalten. Die Zwangsverwaltungen sind von 510 im Jahre 1905 auf 629 im Jahre 1906 gestiegen (wegen der Gründe der Zunahme vgl. die Bemerkungen in der Anm. *) auf S. VII der Justizstatistik), die Konkursverfahren von 1094 auf 1167. Die Zunahme der gewöhnlichen Prozesse bei den Landgerichten ist nicht unerheblich (rund 1400); der Anfall an Wechselprozessen überstieg den des Vorjahres um etwa 600. Prozesse in Ehesachen wurden im Jahre 1906 1329 anhängig gegen 1299 im Vorjahre. Die Berufungen und Beschwerden zeigen nur ein unbedeutendes Anwachsen.

Stark zugenommen haben die Hypotheken- und Grundbuchgeschäfte; die Mehrung beträgt rund 23 400. Die Gerichte scheinen die mit dem Inkrafttreten des neuen Grundbuchrechts verbundenen Schwierigkeiten schon überwunden zu haben. Denn die Zahl der am Schlusse des Jahres unerledigten Sachen betrug 1906 nur 2508 gegen 3175 im Vorjahre; in den Oberlandesgerichtsbezirken München und Zweibrücken insbesondere tritt die Minderung der Rückstände deutlich hervor. Die Geschäftsaufgabe der Amtsgerichte in Nachlaßsachen ist zurückgegangen. Wegen der kriminalstatistischen Ergebnisse und der bedingten Begnadigung sei auf die Mitteilungen in Nr. 17 (S. 337 ff.) und in Nr. 3 (S. 71) verwiesen.

1046

Verantwortl. Herausgeber: Th. von der Pfordten, K. Landgerichtsrat, verw. im Staatsministerium d. Justiz.

Eigentum von J. Schweitzer Verlag (Arthur Sellier) in München.
Druck von Dr. Franz Paul Datterer & Cie., G. m. b. H., Freising.

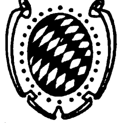
Nr. 22. München, den 15. November 1907. 3. Jahrg.

Zeitschrift für Rechtspflege in Bayern

Herausgegeben von
Th. von der Pfordten
K. Landgerichtsrat, verw. im K. Bayer. Staatsministerium der Justiz.

Verlag von
J. Schweitzer Verlag
(Arthur Sellier)
in München, Lenbachplatz 1.

Die Zeitschrift erscheint am 1. und 15. jeden Monats im Umfange von mindestens 2 Bogen. Preis vierteljährlich Mk. 3.—. Bestellungen übernimmt jede Buchhandlung und Postanstalt (Postzeitungsliste für Bayern Nr. 974a).



Redaktion und Expedition: München, Lenbachplatz 1. Insertionsgebühr 30 Pfg. für die halbgespaltene Petitzeile oder deren Raum. Bei Wiederholungen Rabatt. Stellenanzeigen 20 Pfg. Beilagen nach Uebereinkunft.

Schulknaben als Gefangene.

Von **Theodor von der Pfordten.**

In dem Urteile vom 24. Juli 1907[1]) hat das Oberste Landesgericht im Gegensatze zum Reichsgericht[2]) an der bisherigen bayerischen Praxis festgehalten, die einen zum Nachsitzen verurteilten Schulknaben für einen Gefangenen im Sinne des § 120 des StGB. erklärt. Das Oberste Landesgericht hat sich die Begründung nicht leicht gemacht, sondern sich mit aller Sorgfalt bemüht, die Einwendungen zu widerlegen, die gegen seine Auffassung erhoben worden sind. Die Entscheidungsgründe machen deshalb einen bestechenden Eindruck und man mag geneigt sein, sie auf den ersten Blick für unangreifbar zu halten. Ihr Gedankengang ist sehr einfach und folgerichtig; er läßt sich etwa in folgende drei Sätze zusammenfassen: „Gefangene im Sinne des § 120 des StGB. sind Personen, denen in gesetzlich gebilligter Form im öffentlichen Interesse die Freiheit entzogen ist und die sich demzufolge in der Gewalt der zuständigen Behörde befinden. Die Schulbehörden üben die Schulzucht im öffentlichen Interesse und kraft ihnen anvertrauter öffentlicher Gewalt. Folglich sind die mit Schularrest bestraften Schüler Gefangene im Sinne des § 120 des StGB." Der Schluß entspricht allen Regeln der Logik; er scheint zwingend und unvermeidlich zu sein. Nur erregt leider das Ergebnis ein gewisses Mißbehagen, weil es sich, wie das Reichsgericht mit Recht hervorhebt, „mit der Auffassung des täglichen Lebens und dem Sprachgebrauche" in Widerspruch setzt. Und damit werden wir vor die Frage gestellt, ob nicht das Oberste Landesgericht gerade darin fehlgeht, daß es mit juristischen Begriffen wie mit mathematischen Größen umgeht und es unterläßt, die zu beurteilenden Tatsachen auf ihre innere Bedeutung zu prüfen. Es verlohnt sich deshalb eine nochmalige Untersuchung der an und für sich wenig belangreichen Streitfrage; sie wird Gelegenheit geben, allgemeine Regeln der Gesetzes-Auslegung zu streifen.

Es soll ohne weiteres zugegeben werden, daß die Ausübung der Schulzucht Ausübung öffentlicher Gewalt ist, nicht etwa die Ausübung einer bürgerlich-rechtlichen aus dem elterlichen Erziehungsrecht abgeleiteten Befugnis[1]). Es soll auch nicht bestritten werden, daß sie im öffentlichen Interesse gehandhabt wird. Aber das *öffentliche Interesse* ist ein sehr umfassender und vieldeutiger Begriff, seine Grenzen sind flüssig und können nicht mit Sicherheit bestimmt werden. Ganz verschiedenartige Zweige staatlicher Tätigkeit werden unter ihm zusammengefaßt: der Ankauf von Gemälden und Altertümern ebenso wie die Anwendung der Strafgewalt. Mit dem schillernden Begriffe des öffentlichen Interesses sollte man also nichts beweisen wollen: es ist eine Verkennung der tatsächlichen Verhältnisse, wenn man sich durch diesen Begriff verführen läßt, das mit „Dableiben" bestrafte Kind auf eine Linie zu stellen mit dem von der Polizei aufgegriffenen Landstreicher, mit dem verhafteten Verbrecher, mit dem Schuldner, der zur Erzwingung des Offenbarungseides in Haft genommen worden ist.

Durch die Organisation und die Leitung des Schulwesens sucht der Staat Kulturaufgaben zu fördern, die Aufrechterhaltung des Bestandes der Rechtsordnung kommt hier nicht in Frage: der Unterschied darf nicht außer acht gelassen werden, wenn die Frage zu lösen ist, ob das schwere Geschütz des § 120 des StGB. aufgefahren werden soll. Das öffentliche Interesse an ungestörter Durchführung des Schulbetriebes ist eben ganz anders geartet als das öffentliche Interesse an der Verfolgung strafbarer Handlungen, an der Durchsetzung zivilrechtlicher Ansprüche und dgl. Die *einzelnen* Vorgänge in der Schule vollends sind *unmittelbar* doch nur für das Verhältnis zwischen Lehrer und Schüler von Belang und die Schulstrafe bezweckt zunächst nichts anderes als eine Einwirkung auf den Lernenden. Sie läßt

---

[1]) Abgedruckt mit Begründung in Nr. 19 S. 393, 394.

[2]) Vgl. die auf S. 460 des 2. Jahrgangs dieser Zeitschrift abgedruckte Entscheidung des Reichsgerichts.

[1]) Vgl. insbesondere die Abhandlung von *Fischer* im 1. Jahrgange dieser Zeitschrift S. 505 ff.

sich weder nach ihrem Zweck, noch nach der Art ihrer Verhängung, noch nach der Bedeutung, die ihr der Bestrafte selbst, seine Angehörigen und die Allgemeinheit beimessen, mit einer Kriminalstrafe oder einer gerichtlichen Ordnungsstrafe vergleichen. Auch einer polizeilichen Maßregel kann sie nicht gleichgesetzt werden.

Das Oberste Landesgericht scheint gefühlt zu haben, wie sehr es sich durch seine Entscheidung mit der im gewöhnlichen Leben gebräuchlichen Wertung der Schulstrafe in Widerspruch setzte. Denn es zieht zur Bekräftigung seiner Ansicht den Umstand heran, daß in dem Falle, der der Beurteilung unterlag, der bestrafte Schüler einen Diebstahl begangen und das 12. Lebensjahr noch nicht vollendet hatte. Es meint, „der Schularrest sehe hier einer Kriminalstrafe ähnlich". Diese Art der Begründung gibt zu schweren Bedenken Anlaß. Zunächst deshalb, weil sie einen Tatumstand des Einzelfalls verwertet, um einen allgemeinen Satz zu stützen: denn es geht aus der ganzen Fassung der Entscheidung hervor, daß das Oberste Landesgericht alle mit Schularrest bestraften Schüler als Gefangene ansieht, nicht nur solche, die eine „Quasi-Kriminalstrafe" zu erstehen haben. Der Satz soll offensichtlich auch dann gelten, wenn ein Schüler eingesperrt wurde, weil er um 5 Minuten zu spät zum Unterrichte kam oder weil er sich einfallen ließ, während der Schulstunde sein Frühstücksbrot zu verspeisen. Was hilft also die Berufung auf den Diebstahl? Noch gefährlicher aber dünkt uns, daß den Schulbehörden eine Art von krimineller Strafgewalt über Strafunmündige zugesprochen werden soll. Die Strafverfolgung Strafunmündiger ist unzulässig, daran läßt sich nicht rütteln und deuteln. Es mögen alle erdenklichen Erziehungsmaßregeln gegen sie angewendet werden, Aehnlichkeit mit einer Kriminalstrafe aber haben solche nicht und dürfen sie nicht haben.

Noch einige Worte darüber, ob wirklich die Ordnung in der Schule gefährdet wäre, wenn nicht der § 120 des StGB. gegen unbesonnene, übermäßig besorgte oder allzu reizbare Eltern angewendet wird. Wir glauben nicht, daß die Grundfesten des bayerischen Schulwesens ins Wanken geraten wären, wenn das Oberste Landesgericht sich der Ansicht des Reichsgerichts angeschlossen hätte. Die Strafbestimmungen gegen Hausfriedensbruch, Nötigung und dgl. gewähren ausreichenden Schutz vor Ausschreitungen. Die Schulbehörden können durch entsprechende Verwahrung und Beaufsichtigung eingesperrter Kinder dafür sorgen, daß ein Abholen unmöglich gemacht oder erschwert wird. Es steht auch nichts im Wege, die unterbrochene „Strafvollstreckung" am nächsten Tage fortzusetzen.

Wir möchten eher glauben, daß für unsere Schuleinrichtungen ein bureaukratisch-polizeilich-krimineller Anstrich nicht vorteilhaft ist. Es soll auch der Anschein vermieden werden, als habe die Schule Aehnlichkeit mit einem Staatsgefängnis. Die Kinder sollen mit Lust zur Schule gehen und zwischen den Schülern und dem Lehrer, nicht minder auch zwischen den Eltern und dem Lehrer soll ein herzliches, auf Vertrauen und Achtung beruhendes Verhältnis bestehen. Wo es fehlt, wird auch die Anwendung des § 120 des StGB. keine Besserung bringen, sie wird eher die Verbitterung und die Entfremdung steigern.

Zum Entwurf eines Gesetzes, betr. Aenderungen des Gerichtsverfassungsgesetzes, der Zivilprozeßordnung, des Gerichtskostengesetzes und der Gebührenordnung für Rechtsanwälte.

Von Professor **Dr. L. v. Seuffert** in München.

(Schluß.)

Von sehr großer Bedeutung ist die Beschränkung der Berufung, welche in den §§ 511a, 511b des Entwurfs in Aussicht genommen wird. In Streitigkeiten über vermögensrechtliche Ansprüche soll die Berufung nur zulässig sein, wenn der Wert des Beschwerdegegenstandes 50 Mk. übersteigt.

Der Vorschlag wird zuvörderst damit begründet, daß die Berufungen gegen die Urteile der Amtsgerichte sich in den letzten Jahrzehnten sehr erheblich vermehrt haben. Nach der im Reichsjustizamt angestellten Rechnung kamen auf 1000 Urteile der Amtsgerichte, (wobei die Versäumnisurteile, die Verzichts- und Anerkenntnisurteile sowie die Läuterungsurteile außer Ansatz gelassen wurden), im Jahre 1881 122 Berufungen, im Jahre 1903 248 Berufungen an die Landgerichte. Ich verstehe nicht, wieso man aus der Mehrung der Berufungen den Schluß ziehen kann, daß die Berufung beschränkt werden müsse. Mir scheint aus der Mehrung hervorzugehen, daß nach den Anschauungen des prozessierenden Publikums das Bedürfnis einer Nachprüfung der einzelrichterlichen Entscheidungen durch ein Kollegialgericht gewachsen ist. Daß die bestehenden Landgerichte die Berufungen gegen die amtsgerichtlichen Urteile ohne erhebliche Personalvermehrung erledigen können, ist zweifellos, auch wenn die erstinstanzielle Zuständigkeit der Amtsgerichte nicht erhöht werden sollte.

Als zweiter Grund für die Beschränkung der Berufung wird angeführt, daß in einem Prozeß um einen geringfügigen Streitgegenstand die Kosten durch Einlegung eines Rechtsmittels oft eine Höhe erreichen, die in keinem Verhältnisse zu dem Streitgegenstande steht. Darin liegt etwas Wahres. Aber soll man deswegen die Parteien hindern, diese Kosten einzusetzen, wenn sie das im Kampfe um ihr gutes Recht tun wollen? Ich möchte lieber einer Abminderung der Kosten in den Bagatellsachen das Wort reden.

Ferner verweist die Begründung auf die Berufungsbeschränkungen, die im Gewerbegerichtsgesetz für Sachen bis zu 100 Mk. und im Kaufmannsgerichtsgesetz für Sachen bis zu 300 Mk. vorgesehen sind. Der Verweisung kann man entgegenhalten, daß die Gewerbegerichte und die Kaufmannsgerichte Kollegialgerichte, die Amtsgerichte aber Einzelgerichte sind und daß es immerhin weniger gefährlich ist, die Berufung gegen die Entscheidung eines Kollegialgerichts abzuschneiden, als die Berufung gegen die Entscheidung eines Einzelgerichts. Daß sich in früheren Partikularrechten und in ausländischen Gesetzen Berufungsbeschränkungen bei geringwertigen Streitgegenständen vorfinden, ist richtig, beweist aber nicht viel für die Zweckmäßigkeit der Beschränkung. Meines Erachtens bringt die Beschränkung die Gefahr mit sich, daß die Prozesse, in denen keine Berufung zulässig ist, ohne erschöpfende Verhandlung und Beweiserhebung durchgehauen werden. Gewiß wird es einzelne Amtsrichter geben, die das Bewußtsein, in letzter Instanz zu entscheiden, zu der sorgfältigsten Behandlung derartiger Prozesse führt. Aber die große Mehrzahl der Amtsrichter, die mit Geschäften stark belastet ist, wird geneigt sein, solche Prozesse über das Knie zu brechen. Von Interesse dürfte es sein, daran zu erinnern, daß in der Kommission des Reichstags, die in den Jahren 1875/76 die neuen Justizgesetze vorberiet, über die Frage der Berufungsbeschränkung eingehend verhandelt wurde.[1]) Damals waren aus der Mitte der Kommission verschiedene Anträge auf solche Beschränkung gestellt worden, darunter auch der Antrag, die Berufung gegen amtsgerichtliche Urteile auf Prozesse zu beschränken, deren Gegenstand zur Zeit der Erlassung des Urteils 50 Mk. übersteigt.[2]) Alle derartigen Anträge wurden von der Kommission mit zwanzig Stimmen gegen vier Stimmen abgelehnt. Die damals gegen die Beschränkung sprechenden Erwägungen dürften auch heute durchschlagen.

Ich gehe über zu den projektierten Aenderungen des Mahnverfahrens. Die Zustellung des Zahlungsbefehls an den Schuldner soll von Amts wegen erfolgen, was mit der oben erwähnten Abschaffung des Parteibetriebs im amtsgerichtlichen Verfahren zusammenhängt. In Konsequenz der Neuerung sollen die Wirkungen der Zustellung für die Wahrung von Fristen und die Unterbrechung der Verjährung auf die Einreichung oder Anbringung des Gesuchs um Erlassung des Zahlungsbefehls zurückdatiert werden, wenn die Zustellung binnen zwei Wochen erfolgt. Gegen den Nebensatz „wenn die Zustellung binnen zwei Wochen erfolgt", bestehen dieselben Bedenken, welche oben S. 423 gegen den entsprechenden Bedingungssatz zu § 496 Abs. 3 vorgebracht worden sind.

In Sachen, die vor das Amtsgericht gehören, kann nach dem Entwurfe der Antrag auf Bestimmung eines Verhandlungstermines für den Fall, daß Widerspruch gegen den Zahlungsbefehl erhoben wird, mit dem Gesuch um Erlassung des Zahlungsbefehls verbunden werden. Ist dieser Antrag gestellt, so kann gleichzeitig mit der Benachrichtigung des Gläubigers von dem rechtzeitig erhobenen Widerspruch (§ 694 Abs. 2) die Ladung von Amts wegen zu dem Termin erfolgen. Das ist zweckmäßig.

Die in § 697 vorgesehene Frist für die Erhebung der Klage in Sachen, die vor die Landgerichte gehören, soll von sechs Monaten auf drei Monate herabgesetzt werden. Dagegen wäre nichts zu erinnern.

Die Erteilung des Vollstreckungsbefehls soll dem Gerichtsschreiber übertragen werden. Die Ablehnung des Gesuchs um Erteilung des Vollstreckungsbefehls verbleibt dem Gerichte. Viel Erleichterung wird den Richtern durch die Neuerung nicht zu teil werden; denn auch jetzt schon pflegt der Gerichtsschreiber den Vollstreckungsbefehl auf den Zahlungsbefehl zu setzen und der Amtsrichter ihn einfach zu unterschreiben. Für die Zustellung des Vollstreckungsbefehls sind ähnliche Vorschriften wie für die Zustellung eines Versäumnisurteils (s. o. S. 424) in Aussicht genommen. Die Zustellung erfolgt daher in Ermangelung einer gegenteiligen Erklärung durch Vermittlung des Gerichtsschreibers.

Die die Zwangsvollstreckung betreffenden Vorschläge des Entwurfs haben keine große Bedeutung.

Zu dem § 788 hinzuzufügen, daß die Kosten der Ausfertigung und der Zustellung des Urteils als Vollstreckungskosten gelten, ist m. E. überflüssig; das versteht sich von selbst. In der Begründung der Novelle ist gesagt, es seien darüber Zweifel hervorgetreten. Mir ist von solchen Zweifeln nichts bekannt. Würde der überflüssige Satz in der vorgeschlagenen Fassung in das Gesetz aufgenommen, so könnten sich Zweifel darüber ergeben, ob auch die Kosten für die Beschaffung der zur Erlangung der vollstreckbaren Ausfertigung nötigen Urkunden (vgl. § 706, §§ 726 bis 729 Abs. 2, § 792) zu den Vollstreckungskosten gehören, weil diese Urkunden in dem Zusatz nicht erwähnt werden. Diese Kosten sind aber ebenfalls Vollstreckungskosten.

Die Zwangsvollstreckung aus einem Kostenfestsetzungsbeschlusse, der gemäß § 105 des Entwurfs vor Erteilung der Urteilsausfertigung auf das Urteil gesetzt wurde, soll nach § 795 a auf Grund einer vollstreckbaren Ausfertigung des Urteils erfolgen; einer besonderen Vollstreckungsklausel für den Festsetzungsbeschluß bedarf es nicht. Dagegen wäre nichts einzuwenden.

[1]) In der 22. Sitzung v. 21. Mai 1875, Protokolle S. 223 ff.

[2]) Vgl. Protokolle S. 213 und S. 224.



Die in § 798 ZPO. vorgesehene eintägige Frist soll auf drei Tage erweitert werden.

Der Entwurf will den Abs. 3 des § 866 streichen. Es ist das die auf Antrag der Reichstagskommission in die Novelle von 1898 eingesetzte Bestimmung, welche die Eintragung einer Sicherungshypothek auf Grund eines Vollstreckungsbefehls ausschließt, und die Eintragung einer solchen Hypothek auf Grund eines anderen Schuldtitels auf Forderungen beschränkt, deren Betrag 300 Mk. übersteigt. Diese Bestimmung war ein Kompromiß zwischen den prinzipiellen Gegnern der Zwangshypothek und den Verteidigern dieser Art von Vollstreckung.[1]) Für die Ausschließung der Zwangshypothek auf Grund von Vollstreckungsbefehlen wurde angeführt, daß die Zwangshypothek Wucherern und böswilligen Gläubigern eine Handhabe biete, um die kleineren Grundbesitzer zu ruinieren. Ich sehe nicht ein, warum diese Gefahr speziell bei Vollstreckungsbefehlen größer sein sollte als bei anderen Vollstreckungstiteln. Durch die Beschränkung der Zwangshypothek auf Forderungen von mehr als 300 Mk. soll die Ueberschwemmung mit kleinen Hypotheken verhütet werden. Diese Bestimmung hat zu Meinungsverschiedenheiten in der Praxis geführt, insbesondere über die Frage, ob die in mehreren Schuldtiteln enthaltenen Forderungen zusammenzurechnen seien. In der Begründung des Entwurfs wird der Abstrich der auf den Vollstreckungsbefehl bezüglichen Vorschrift damit motiviert, daß sie dazu geführt habe, an Stelle des Mahnverfahrens den Weg der Klage zu wählen. Ich bin damit einverstanden, daß die Ausnahmestellung der Vollstreckungsbefehle in Ansehung der Zwangshypothek beseitigt wird. Ob es zweckmäßig ist, die Zwangshypothek auch für die kleineren Forderungen zuzulassen, ist mir nicht zweifellos. Zwerghypotheken haben immerhin etwas Bedenkliches. Die Meinungsverschiedenheiten, welche sich in Ansehung der Berechnung der 300 Mk. ergeben haben, ließen sich durch einen Zusatz beseitigen, worin die Zusammenrechnung der sich aus mehreren Schuldtiteln ergebenden Forderungen angeordnet würde.

In Abs. 1 Satz 1 des § 900 soll bestimmt werden, daß das Verfahren für die Abnahme des Offenbarungseides statt mit der Ladung des Schuldners mit dem Antrag auf Bestimmung eines Termines zur Leistung des Eides beginnt. Diese Aenderung hängt damit zusammen, daß vor den Amtsgerichten die Ladung der Parteien durch die Gerichtsschreiber zu veranlassen ist. Ferner soll in § 900 Abs. 1 gesagt werden, daß dem Antrag auf die Terminsbestimmung der Vollstreckungstitel und die sonstigen Urkunden beizufügen sind, aus denen sich die Verpflichtung des Schuldners zur Leistung des Offenbarungseides ergibt. Dieser Zusatz ist meines Erachtens unnötig. Die Ladung des Schuldners zur Leistung des Offenbarungseides ist ein Akt der Vollstreckung. Folglich muß der Amtsrichter, wie jedes Organ der Zwangsvollstreckung vor der Vornahme einer Vollstreckungshandlung, vor der die Ladung nach sich ziehenden Terminsbestimmung prüfen, ob die beantragte Zwangsvollstreckung zulässig ist, also, ob die gesetzlichen Voraussetzungen zur Abnahme des Offenbarungseides gegeben sind. Daher muß ihm der Gläubiger, der diese Vollstreckung verlangt, das urkundliche Material vorlegen, aus welchem hervorgeht, daß er die Abnahme des Offenbarungseides verlangen kann. So ist in allen neueren Kommentaren zu § 900 ZPO. zu lesen. Auch aus den Sammlungen von Entscheidungen ist mir keine Entscheidung bekannt, die von der richtigen Ansicht abwiche. Ich halte die Erweiterung des Gesetzes durch Sätze, die sich von selbst verstehen, für fehlerhaft und daher den vorgeschlagenen Satz für nicht aufnahmefähig. Wollte man zu jedem Paragraphen, der einmal falsch ausgelegt wurde, einen Zusatz machen, so würde das Prozeßgesetz in das Ungeheuerliche anschwellen.

In § 915 Abs. 2 will der Entwurf eine unwesentliche Aenderung anbringen. Die Eintragungen in die sog. schwarze Liste sollen dadurch gelöscht werden, daß nach Ablauf von fünf Jahren seit dem Schlusse des Jahres, in welchem die Eintragung erfolgte, der Name unkenntlich gemacht oder das Verzeichnis vernichtet wird. Auf die Weise wird den Amtsgerichten die Mühe erspart, bei den einzelnen Eintragungen zu prüfen, ob seit der Eidesleistung oder der Beendigung der Haft fünf Jahre verstrichen sind.

Im Arrest- und Verfügungsverfahren ist lediglich eine Aenderung des § 924 vorgesehen, die sich aus der Abschaffung des Parteibetriebs im amtsgerichtlichen Verfahren ergibt. Darnach muß, wenn das Arrestgericht ein Amtsgericht ist, der Widerspruch gegen den in Beschlußform erlassenen Arrestbefehl schriftlich oder zum Protokoll des Gerichtsschreibers erhoben werden, worauf dann die Terminsbestimmung und die Ladung von Amts wegen erfolgen.

Am Gerichtskostengesetz soll mancherlei geändert werden. Von einschneidender Bedeutung sind nur folgende Vorschläge:

Nach dem neuen § 48 GKG. soll für den vierten und für jeden folgenden Termin eine besondere Gebühr in der Höhe von $^{5}/_{10}$ der vollen Gebühr erhoben werden, wenn in einem Rechtsstreite mehr als drei Termine zur mündlichen Verhandlung über die Hauptsache in einer Instanz anberaumt werden. Wird die Beweisgebühr oder die im § 24 Abs. 2 GKG. für das bedingte Endurteil bestimmte Gebühr erhoben, so ist die besondere Gebühr nur für den siebenten und die folgenden Termine zu erheben. Nicht mitgerechnet

[1]) Vgl. den Kommissionsbericht v. 26. April 1898 S. 211 ff.

werden der Termin, auf Grund dessen ein Versäumnisurteil erlassen wurde, ferner die Termine, die von Amts wegen verlegt oder in denen vor Eintritt in die Verhandlung diese von Amts wegen vertagt wird. Wird eine Sache an das Gericht erster Instanz oder an das Berufungsgericht zurückverwiesen (ZPO. §§ 538, 539, 565), so gilt das weitere Verfahren nicht als Fortsetzung der Instanz. In der Begründung ist gesagt, daß durch die Erhebung dieser Gebühr eine Beschränkung der Termine herbeigeführt und der Verschleppung der Prozesse entgegengetreten werden solle. Dabei haben die Verfasser des Entwurfs, wie aus der Begründung zu ersehen ist, insbesondere an die Vertagungen gedacht, welche zufolge übereinstimmender Anträge der Parteien erfolgen. Solche Vertagungen sind ja für die Gerichte unbequem, weil dadurch Arbeitszeit verloren geht. Aber sie sind in der Praxis nicht ganz zu vermeiden. Und die zufolge einer solchen Vertagung eintretende Erhebung der Strafgebühr von 5/10 der vollen Gebühr ohne jede Rücksicht auf die Umstände, die zur Vertagung geführt haben, wäre denn doch sehr hart. Ferner scheint es mir unbillig, bei der Berechnung der Termine diejenigen Termine mitzurechnen, in denen das Gericht von Amts wegen den Abbruch der Verhandlung und die Anberaumung eines Fortsetzungstermins beschlossen hat, z. B. weil ein Richter unwohl geworden ist. Auch der Termin, welcher dadurch zuwächst, daß das Gericht die Wiedereröffnung der geschlossenen Verhandlung anordnet (§ 156 ZPO.), müßte billigerweise außer Ansatz bleiben; denn die Wiedereröffnung erfolgt, wenn sich die Schließung der Verhandlung als unrichtig herausstellt.

Die Schreibgebühr soll von 10 Pfg. auf 20 Pfg. für die Seite hinaufgesetzt werden. Das wird ziemlich viel ausmachen. Bei den von Amts wegen bewirkten Zustellungen sollen Schreibgebühren für Abschriften berechnet werden, die die Partei dem von ihr eingereichten Schriftsatze hätte beifügen sollen. Zur Deckung der von den Parteien nicht zu ersetzenden baren Auslagen sollen Pauschsätze erhoben werden. Der einzelne Pauschsatz beträgt zehn vom Hundert der zum Ansatz gelangenden Gebühr; jedoch nicht mehr als 50 Mk. Durch diese Pauschsätze soll der Staatskasse Ersatz dafür gewährt werden, daß bei den von Amts wegen bewirkten Zustellungen keine Schreibgebühr sowie keine Gerichtsvollzieher- und Postgebühren berechnet werden. Für die Prozesse bei den Landgerichten und den höheren Gerichten dürfte dieser Pauschsatz ziemlich hoch bemessen sein, da die von Amts wegen zu bewirkenden Zustellungen in diesen Prozessen keine Rolle spielen.

In der Gebührenordnung für Rechtsanwälte soll der § 76 durch einen neuen Paragraphen ersetzt werden, wonach der Rechtsanwalt für die Herstellung des Schreibwerkes sowie zum Ersatze der Postgebühren Pauschsätze erhält. Der in Aussicht genommene Pauschsatz beträgt 20% der zum Ansatz gelangenden Gebühr, jedoch mindestens 50 Pfg. und höchstens 30 Mk. Steht dem Rechtsanwalte nach § 13 Nr. 1, §§ 19, 52 die Prozeßgebühr zu, so beträgt die Summe der nach den §§ 13, 16 bis 20, 27, 28, 30 Abs. 1 Nr. 3, 37, 38, 42, 50 bis 52 in einer Instanz anzusetzenden Pauschsätze mindestens 3 Mk. und höchstens 50 Mk., und, wenn dem Rechtsanwalt auch nach § 13 Nr. 4, § 19 die Beweisgebühr oder nach § 13 Nr. 3, § 18 die Vergleichsgebühr zusteht, mindestens 4 Mk. und höchstens 60 Mk. Steht dem als Verteidiger oder als Vertreter eines Privatklägers, eines Nebenklägers oder einer Verwaltungsbehörde bestellten Rechtsanwalte die in § 63 bestimmte Gebühr zu, so beträgt der Pauschsatz mindestens 4 Mk. Neben den Pauschsätzen stehen dem Rechtsanwalte für die auf besonderes Verlangen gefertigten Abschriften Schreibgebühren zu. Für die Höhe der Schreibgebühren sind die Vorschriften des § 80 GKG. maßgebend. Der Ansatz der im § 79 Nr. 2 des GKG. bezeichneten Gebühren (sc. für Telegramme und telephonische Mitteilungen) wird durch den Pauschsatz nicht ausgeschlossen. Nach der Begründung des Entwurfs soll durch den Pauschsatz den Anwälten eine kleine Mehreinnahme verschafft werden. Eine dem Entwurf beigefügte Tabelle, die auf statistischen Erhebungen bei 13 Berliner Rechtsanwälten beruht, ergibt, daß in 717 von diesen Anwälten geführten Prozessen über Werte bis zu 10000 Mk. die Schreib- und Postgebühren 4661,33 Mk. betrugen, während die Summe der Pauschsätze des Entwurfs 5637,80 Mk. ausmacht.

Ueber die Wirkung der Pauschalierung muß ich mich des Urteils enthalten. Darüber mögen die Rechtsanwälte urteilen. Nur darauf möchte ich aufmerksam machen, daß die Pauschalierung die Anwälte veranlassen wird, die Anfertigung der Abschriften der von Amts wegen zuzustellenden Schriftstücke dem Gerichte zu überlassen, wodurch eine bedeutende Mehrung des Schreibwerks bei den Gerichten eintreten wird.

Wie aus dieser Besprechung ersichtlich ist, stehe ich einer Reform des Zivilprozesses keineswegs ablehnend gegenüber. Aber ich kann mich des Eindrucks nicht erwehren, daß dieser Entwurf ein kleinliches Flickwerk ist und daß die an der Spitze stehende Erhöhung der amtsgerichtlichen Zuständigkeit auf dem Bestreben beruht, an Ausgaben des Staates für die Rechtspflege Einsparungen zu machen. Und das in einer Zeit, in der die Staatsausgaben für alle anderen Zwecke wachsen!

Bayerische Verkehrsprozesse.

Von Landgerichtsrat **Neumiller** in München.

(Fortsetzung statt Schluß.)

B. Materielles Recht.

1. Das Ineinandergreifen zahlreicher Normen beim Bayerischen Eisenbahnverkehr läßt sich am besten an der Betrachtung der Rechtsfolgen eines „einfachen" Eisenbahnunfalls verfolgen. Angenommen bei der Entgleisung eines Schnellzugs an einer Umbaustrecke erleiden im Zuge der Lokomotivführer[43]), ein mit Freikarte auf Inspektion fahrender Direktionsrat der Bahn und ein Handlungsreisender, auf dem Bahndamm aber ein beim Umbau beschäftigter Streckenarbeiter derartige Verletzungen, daß sie dauernd dienst- oder erwerbsunfähig werden; der Inhalt des Eilgutwagens verbrennt. Welche Ansprüche entstehen und worauf gründen sie sich? Am einfachsten ist das Recht des Streckenarbeiters gelagert; dieser untersteht der Unfallversicherung und erhält seine Rente zu $66^2/_3$% des amtlich festgesetzten Tagelohnes; weitere Ansprüche stehen ihm gemäß § 135 GewUVG. gegen den Betriebsunternehmer, d. i. den Bayerischen Staat, nicht zu, insbesondere also keine Haftpflicht- oder Deliktsklage[44]). Der Lokomotivführer dagegen gehört als statusmäßiger nicht pragmatischer Bediensteter zufolge der Unfallfürsorge-VO. vom 13. November 1902 mit der Abänderung vom 5. Januar 1906 und im Zusammenhalt mit § 14 des RG. vom 18. Juni 1901 der Unfallversicherung nicht an; er erhält nach den oben angeführten Normen ohne Rücksicht auf sein Dienstalter als Pension $66^2/_3$ (bei Hilflosigkeit 100%) seines letzten Diensteinkommens und daneben von der Pensionierung ab Ersatz der noch erforderlichen Heilungskosten. Weitere Ansprüche gegen den Betriebsunternehmer (also insbesondere aus Haftpflicht oder Delikt) hat er nicht[45]). Dagegen wird der Direktionsrat als pragmatischer Beamter nach den Normen der Dienstespragmatik (IX. VerfBeil.) samt Regulativ vom 11. Juni 1892 und 11. August 1904 pensioniert, nicht anders, wie wenn er sich auf einer Urlaubsreise bei einer Gletschertour einen schweren Gelenkrheumatismus geholt hätte. Da ihm hiernach Heilungskosten neben der Pension nicht ersetzt werden, ist diese Fürsorge selbst dann nicht gleichwertig mit dem Reichsrecht, wenn die Pension als solche mehr wie $66^2/_3$% des letzten Diensteinkommens ausmacht. Der Direktionsrat kann also insbesondere die Heilungskosten sowie die Einbuße gegenüber seinen gegenwärtigen und künftig nach Maßgabe des Dienstalters und Avancements zu erhoffenden Bezügen auf Grund des HaftpflG. und des BGB. unbeschränkt gegen den Staat als Eisenbahnunternehmer ausklagen. Letzteres gilt auch für den verletzten Kaufmann. Als Passagier untersteht dieser primär dem HGB., dessen § 472 aber lediglich auf die Eisenbahnverkehrsordnung verweist; da auch diese nur vereinzelte Ersatzbestimmungen für den Personentransportvertrag[46]) enthält, so liegt das Hauptgewicht auf dem HaftpflG. und dem BGB. Von letzterem kommen nicht nur die Normen über unerlaubte Handlungen, sondern auch diejenigen über den Werkvertrag (Transport) zur Anwendung, was bei der Beweislast der Haftung für die Bediensteten und der Verjährung wichtig ist.[47])

Wäre der eingangs unterstellte Eisenbahnunfall dadurch verursacht worden, daß ein Fuhrwerk wegen Unterlassung des Schrankenschlusses das Geleis kreuzte, so käme neben dem HaftpflG. und dem BGB. (Delikt) für den am Fuhrwerk angerichteten Schaden noch Art. 58 AG. z. BGB. (Benützung öffentlicher Wege durch die Bahn) in Betracht. Sachschäden, die nicht auf, sondern neben der Bahn passieren ? (Scheuen der Pferde) fallen nicht unter Art. 58.[48])

Hinsichtlich beschädigter oder zerstörter **Güter** ist zu beachten, ob sie als Handgepäck oder auf Grund Frachtbriefs befördert wurden. Ersteren=

---

[43]) Wohl zu unterscheiden vom „Zugführer" (früher Oberkondukteur).

[44]) Vgl. hierzu Kißkalt in BayZ. 1905, 97. — Bei Arbeitern bahnfremder Betriebe ist die leider schwankende Rechtsprechung hinsichtlich des Uebergangszeitpunkts auf die BerufsG. und dessen prozessuale Folgen beachtlich; vgl. RGZ. 60, 200; 63, 288.

[45]) Neuerlich (JW. 1907, 287) bezweifelt das RG., ob durch die jetzige Fassung des UnfFürsG. die Schadensersatznormen des BGB. ausgeschlossen sind und will dies dem Landesrecht (d. h. also in Bayern einem Gesetz?) überlassen; m. E. durchaus mit Unrecht. Ueber der Fassung und dem Vollzug dieses Gesetzes waltet übrigens ein eigentümliches Mißgeschick. Die Uebergangsnorm in Art. 2 Abs. 2 war so schlecht formuliert, daß Zweifel über die fortdauernde Ausschließung des HaftpflG. bis zur landesrechtlichen Neuregelung entstehen konnten (vgl. RGZ. 61, 312); auch die allgemein angenommene Maßgeblichkeit des Pensionierungstages (RGZ. 60, 215; vgl. 63, 289) ist durch RGZ. 69, 208 (m. E. mit Unrecht) in Zweifel gezogen. In Bayern speziell spielt noch die Frage, ob bei der Unfallpension $^2/_3$ oder $^2/_9$ der Fahrdiäten gewährt werden, eine unerfreuliche Rolle (vgl. einerseits die recht anfechtbare Entscheidung des BObLG. in n. S. 4, 707; anderseits die VO. vom 5. Januar 1906 samt der Begründung zum Finanzgesetz vom 20. August 1906 im Landt.-Rep. 05/6 S. 211). Ueber das Verhältnis von Haftpflicht und Unfallversicherung in Spezialfällen vgl. Reindl S. 14 ff.; RGZ. 58, 335; 60, 313; 61, 56; 62, 145.

[46]) Z. B. den Ausschluß von Schadensersatzansprüchen bei Zugsverspätungen u. dgl. (nur Fahrgeldrückgabe).

[47]) Dammrutschung, Herabfallen von Bahnhofslampen u. dgl. kann unter § 836 BGB. subsumiert werden. — Für Beamte und Bedienstete ist auch § 618 BGB. zu beachten; weder letztere Norm noch der Personentransportvertrag enthält übrigens schlechthin die Zusicherung ‚salvam fore' (JW. 1905, 484).

[48]) Daß Art. 58 AG. nicht bloß die Benützung der Straßenlänge (wie z. B. durch Trambahnen), sondern auch schienengleiche Ueberfahrten (Straßenkreuzungen) trifft, ist allgemeine Praxis.

falls gelten die §§ 34 ff. EVerkO., auch wenn es sich um Reisende mit direkten Auslandsfahrkarten handelt. Letzterenfalls ist zu unterscheiden, ob der Frachtbrief inländisch oder ausländisch ist. Für Transporte mit inländischem Frachtbrief gelten die §§ 453 ff. HGB., 39 ff. EVerkO.; für Güter mit ausländischem Frachtbrief kommt praktisch in erster Linie das intern. Uebereinkommen über den Eisenbahnfrachtverkehr vom 14. Oktober 1890 samt Abänderungen vom 16. Juni 1898 (RGBl. 1892 S. 793; 1901 S. 295)[49]) zur Anwendung, dessen Grundlagen übrigens mit dem deutschen HGB. und der deutschen EVerkO. im wesentlichen übereinstimmen. Die Regelung des Frachtverkehrs ist darin so erschöpfend erfolgt, daß ein (meist recht mißliches) Zurückgreifen auf das Zivil-, insbesondere Handelsrecht des ausländischen Aufgabeorts fast niemals erforderlich wird.[50])

Wie vorstehende Darlegungen unschwer entnehmen lassen, scheiden sich die anzuwendenden Rechtsnormen grundsätzlich, je nachdem der Beschädigte in einem Vertragsverhältnis (Dienst, Transport) zur Bahn stand oder nicht.[51])

Beim Dampfschiff- und Kanalverkehr sind auch die Bestimmungen des Binnenschiffahrts- und Flößereigesetzes zu berücksichtigen[52]).

2. Nicht minder sorgfältige Beachtung, wie die anzuwendenden Rechtsquellen selbst, erfordert die Feststellung des Haftungsumfangs, der Sachlegitimation, der Beweislast und der Einreden sowie des Erlöschens des Anspruchs.

Das HaftpflG. befaßt sich nicht mit dem Sachschaden und gewährt auch für Personenverletzungen kein Schmerzensgeld und keine Ansprüche aus § 845 BGB. (Entgang von Hausdiensten; RGZ. 57, 54). Anderseits bedarf es zur Begründung der Haftpflichtansprüche auch nicht der Behauptung irgend eines Verschuldens der Eisenbahn oder ihrer Leute; die Bahn hat vielmehr nur die Einrede eigenen ganz überwiegenden Verschuldens[53]) oder höherer Gewalt.[54]) Sie haftet also für gewöhnlichen Zufall und hat keinen dem § 831 BGB. entsprechenden Entlastungsbeweis. Umgekehrt betrifft Art. 58 AG. z. BGB. nur den Sachschaden, ihn als Gegenstück zum HaftpflG. in gleicher Weise wie letzteres den Personenschaden ordnend.[55]) Das BGB. dagegen gewährt sowohl für Körper- wie für Sachschäden Ausgleich in Geld, gleichgültig ob ein Vertrag zugrunde liegt oder nicht, erfordert jedoch vorsätzliches oder fahrlässiges Verschulden des Beklagten. Schmerzensgeld aber kann nur auf Grund Delikts begehrt werden (nicht auf Grund Transport- oder Dienstvertrags[56]), während anderseits gegenüber den Vertragsansprüchen die strenge Gehilfenhaftung des § 278 BGB. gilt und kein Entlastungsbeweis nach Art des § 831 BGB. stattfindet. Die Unfallfürsorgepension entfällt (§ 7 UFG.), wenn der Verletzte den Unfall vorsätzlich oder durch ein Verschulden herbeigeführt hat, wegen dessen auf Dienstentlassung oder auf Titel- und Pensionsverlust oder auf Dienstesunfähigkeit erkannt worden ist; bei Nichtdurchführbarkeit eines solchen Verfahrens z. B. wegen Tod, Abwesenheit und dgl. kann die Unfallpension ganz oder teilweise versagt werden. Der Kreis der Betriebsunfälle nach dem HaftpflG. ist nebenbei bemerkt etwas enger als nach dem UnfallVG. und dem BeamtenfürsorgeG. samt BayerVO. und auch enger als die Transportvertragshaftung.[57]) Diese Rechtslage führt in der Praxis behufs Erlangung eines

---

[49]) Weitere Aenderungen sind bereits beschlossen und vom Reichstag genehmigt (BlfRA. 72, 507).

[50]) Die Feststellung, ob das ausländische Gut im direkten oder im „gebrochenen" Verkehr befördert wurde, ist daher von grundlegender Bedeutung.

[51]) Eine neue, aber wenig erfreuliche Prozeßsorte bilden die zahlreichen Klagen von Eisenbahnbauakkordanten wegen angeblich unrichtiger Submissionsunterlagen und Akkordberechnungen.

[52]) Kanalunfall: BayZ. 1907, 354.

[53]) Die Anwendung des § 254 BGB. ist nunmehr ständige Praxis des ReichsG. (EZ. 53, 400); die damit ermöglichte Schadensteilung erleichtert zweifellos die Rechtsprechung bei nicht völlig aufklärbaren, aber auf ein Mitverschulden hindeutenden Tatbeständen (z. B. Plattformabstürzen) bedeutend. Beispiele für ganz überwiegendes Verschulden des Verletzten (Klagabweisung): JW. 1905, 16; 1905, 498; 1906, 350; kleinere Quoten als ein Viertel werden in der Praxis kaum vorkommen. — Wegen der Streitfrage über Anwendung des § 278 BGB. auch bei Abs. 1 des § 254 vgl. RGZ. 62, 160 und 346. — Keine Haftung für die sog. Prozeßneurose: JW. 1906, 231.

[54]) Wozu aber der sog. innere Zufall, z. B. Achsbruch, nicht gehört (Reindl S. 67) und wobei überhaupt ein strenger Maßstab anzulegen ist (JW. 1905, 321).

[55]) Vogel in BayZ. 1907, 292. Die Einbeziehung des mittelbaren Schadens ist inzwischen durch RGZ. 63, 275 gebilligt; der Entlastungsbeweis nach § 831 BGB. kann begriffsmäßig ebensowenig Anwendung finden wie beim HaftpflG. Der Beantwortung der weiter dort aufgeworfenen Frage nach dem „Inhaber" muß man wohl beistimmen; der allein über Land fahrende Kutscher gilt also als „Inhaber" des Fuhrwerks, wenn er auch im Sinne des BGB. § 855 lediglich Besitzdiener ist; nur auf sein, nicht auf des Geschädigten Eigentümers Mitverschulden kommt es demnach an (vgl. RGZ. 5, 232 zum gegenteiligen Wortlaut des Preuß. Ges. vom 3. November 1838). Die ohnehin nicht sehr klaren Materialien sind noch durch die ältere Meinung für Nichtanwendung des § 254 BGB. in Haftpflichtfällen beeinflußt.

[56]) JW. 1907, 160. — Kosten des Transports eines später gestorbenen Verletzten ins Krankenhaus können nicht nach § 844 BGB., sondern nur nach § 823 BGB. gefordert werden (Unterschied zwischen Unterhaltsrecht und Beerbung!): JW. 1905, 144. — Schmerzensgeldansprüche vererben sich abgesehen von der praktisch bei raschem Tode Verletzter kaum vorkommenden „Anerkennung" nur, wenn noch zu Lebzeiten des Verletzten die Klage zugestellt ist (§ 847), also in Wirklichkeit fast nie.

[57]) Bahnsteig — Schalter — Direktionskanzlei; vgl. RGZ. 63, 125 und § 51 der UnfFürsVO. — Das RG. hat in der letzten Zeit offenbar die Neigung, den Umfang des HaftpflG. etwas einzuschränken; vgl. BayZ. 1907, 295.

(meist viel zu ausgiebig angeforderten) Schmerzensgeldes[58]) neben Heilkostenersatz und Erwerbseinbußerente zu dem Bestreben, außer der regelmäßig unbestrittenen Darlegung des Betriebsunfalls auch noch ein Verschulden der Eisenbahn oder ihrer Leute hieran zu behaupten und unter Beweis zu stellen. Auf seiten der verklagten Bahn aber besteht das Bestreben, dem Entlastungsbeweis nach § 831 BGB. möglichst weiten Raum zu sichern. Hierbei spielt naturgemäß der Begriff des Willensorgans (§§ 31, 89 BGB.) und dessen Abgrenzung gegen den bloßen Bediensteten eine große Rolle und seitdem die oberstrichterliche Rechtsprechung den § 31 BGB. enge auslegt[59]), quittiert die Praxis der Unfallkläger dafür mit oft recht weit hergeholten und zumeist ganz unsubstantiierten Anwürfen gegen das System wie gegen angebliche Mängel der Instruktionen und Inspektionen. Da diese prinzipiellen Verschuldensbehauptungen immerhin auch revisibel sind, wird durch die mißliche Gesetzesdivergenz hinsichtlich des Schmerzengeldes oft eine ganz unleidliche Prozeßverschleppung herbeigeführt, weil entgegen den Intentionen des HaftpflG. auf alle Einzelheiten der Unfallsursache eingegangen werden muß. (Schluß folgt).

XVIII. Deutscher Anwaltstag und XXII. ordentl. Generalversammlung der Hilfskasse für deutsche Rechtsanwälte in Mannheim.

Von Rechtsanwalt **Dr. Böckel** in Jena.

(Schluß)

Nach der Frühstückspause begann Dr. Wanner seine einstündige Verteidigung des Regierungsentwurfes. Nicht fiskalische Interessen, sondern nur das Streben nach Vereinfachung, Beschleunigung und Verbilligung seien die Ziele der Reform. Die vorgeschlagene Form der amtsgerichtlichen Prozeßvorschriften sei durchaus zweckmäßig; die (unwürdige) Bestimmung, daß die Ladung zum persönlichen Erscheinen den Parteien direkt, d. h. hinter dem Rücken ihres Anwaltes, solle zugestellt werden können, sei unverfänglich. Die Ansicht, daß das Kollegialgericht eine bessere Rechtsprechung ermögliche als der Einzelrichter, sei nicht unbestritten; die Vorteile der amtsgerichtlichen Entscheidungen aber wögen die größere wissenschaftliche Gründlichkeit der Kollegialgerichte auf. Auch die Befürchtung, daß das vorhandene Amtsrichtermaterial einer Erweiterung der Zuständigkeit der Amtsgerichte nicht genügen werde, sei übertrieben. Für den einem Teil der Rechtsanwaltschaft erwachsenden Schaden, der am schwersten die Oberlandesgerichtsanwälte treffen werde, (die Landgerichtsanwälte würden für die Erweiterung der Kompetenz der Amtsgerichte dadurch entschädigt, daß ihnen die Berufungen wieder zufallen würden), sei durch eine Erhöhung der Land- und Oberlandesgerichtsgebühren ein Ausgleich anzustreben. Wenn einmal der Anwaltszwang aufgehoben würde, dann werde sich das Publikum gern mit der Erhöhung der Gebühren zufrieden geben. Ferner sei auch eine anderweitige Regelung der Prozeßagentenfrage von den Justizverwaltungen zu fordern.

Dr. Wanners Korreferat gipfelte in dem Antrage:

„Der Anwaltstag wolle beschließen:

1. Eine Reform des amtsgerichtlichen Verfahrens ist im Interesse der Rechtspflege unaufschiebbar,

2. Eine Reform des ganzen Zivilprozeßverfahrens ist einzuleiten, sobald die nötigen Vorarbeiten beendigt und insbesondere über das neue amtsgerichtliche Verfahren Erfahrungen gesammelt sein werden.

3. Die Zuständigkeit der Amtsgerichte ist auf 1200 Mk. zu erweitern.

4. Der Anwaltsstand wird für die Ausfälle, welche ihm durch die Erweiterung der Zuständigkeit der Amtsgerichte erwachsen, zu entschädigen sein. Als angemessener Ausgleich erscheint die Erhöhung der Anwaltsgebühren für Prozesse vor den Landgerichten um $^{2}/_{10}$, vor den Oberlandesgerichten um $^{3}/_{10}$ der sonstigen Gebührensätze".

Der temperamentvolle und kampflustige Redner hatte fortgesetzt mit lebhaftem Widerspruch, vielfach sogar mit spöttischem Gelächter zu kämpfen. Als man ihn durch Schlußrufe zu einem Abbruch seines Vortrages nötigen wollte, erklärte er schroff und herausfordernd, „nun erst recht noch zwei Stunden reden" zu wollen. Doch führte er die Drohung nicht aus. Als er geendet, kämpften Zischen und Beifall gegen einander.

Die Wirkung des Referates **Hachenburgs** war eben auf allen Seiten eine so starke gewesen, daß eine weitere Aussprache unnötig erschien; es handelte sich nur noch darum, die Ueberzeugung der Versammlung zum Ausdruck zu bringen. Zu Hachenburgs umfangreichem Antrag, der die oben dargelegten Grundgedanken seines Vortrags in gedrängter Kürze wiedergab, lag ein Zusatzantrag der Justizräte Dr. **Neumann**-Berlin und Dr. **Wildhagen**-Leipzig vor, der teils eine Kürzung, teils eine Erweiterung erstrebte, und zwar die Erweiterung dahin: „Der Vorstand wird beauftragt, sobald ein Entwurf der Reichsjustizbehörde über diese Materie veröffentlicht sein wird, für weitere Beratung und Beschlußfassung der einzelnen Fragen einen außerordentlichen Anwaltstag einzuberufen". Unter den anderen Anträgen sind

---

[58]) Das Landgericht München I hat stets nur Beträge unter 10 000 Mk. zuerkannt.

[59]) Lokomotivführer (JW. 1902, 92 Beil.), Bahnmeister, Stationsvorstände, Fahrdienstleiter (RGZ. 55, 229), Rangierleiter (u. S. 3, 25), Bahnwärter (RGZ. 47, 328) sind keine Willensorgane, wohl aber die Direktions- und Inspektionsbeamten (RGZ. 55, 229; JW. 1905, 481).

hervorzuheben die der RA. Dr. Geiershöfer (Nürnberg) und Dr. Herr (Hamm i. W.):

1. „Der 18. deutsche Anwaltstag wolle beschließen:

Der 18. deutsche Anwaltstag ist der Ueberzeugung, daß die geplante Justizreform, insbesondere die Erhöhung der amtsgerichtlichen Zuständigkeit bis zum Betrage von 1000 oder 1200 Mk., nicht als eine Verbesserung der Rechtspflege zu erachten, vielmehr geeignet ist, eine wesentliche Schädigung derselben herbeizuführen."

2. „Der 18. deutsche Anwaltstag gibt für den Fall, daß die geplante Aenderung der Justizgesetzgebung zustande kommen sollte, die Erklärung ab, daß es in diesem Falle unbedingt geboten und als eine unabweisliche Pflicht des Staates erscheint, eine Entschädigung für Führung der zahlreichen, sich ständig stark vermehrenden Armensachen, die eine große Arbeitsbelastung der Anwaltschaft mit sich bringen, entsprechend den Vorschriften der Gebührenordnung für Rechtsanwälte aus Staatsmitteln zu gewähren."

Beide Herren zogen jedoch ihre Anträge zugunsten des Antrages Hachenburg-Neumann-Wildhagen zurück. Nach Wiederaufnahme der, wie oben erwähnt, nur unterbrochenen Geschäftsordnungsdebatte wurde der Vertagungsantrag des Dr. Elsas abgelehnt. Zur Sache äußerten sich dann Justizrat Dr. Neumann (Berlin), Dr. Geiershöfer (Nürnberg), Auerbach (Frankfurt-Main), Justizrat Landsberg (Posen) und Rose (Harburg). RA. Löwenstein (Stuttgart) rügte unter lebhafter Zustimmung der Versammlung mit der gebotenen Schärfe die betrübliche Erscheinung, daß die große Zahl Rechtsanwälte, die dem deutschen Reichstag angehören — zum Teil Parlamentarier von großem Einflusse — bisher die berechtigten Interessen der deutschen Anwaltschaft nicht nur nicht gefördert, sondern durch ihr Nichteintreten geradezu geschädigt haben und sprach die Erwartung aus, daß sich die 31 Kollegen im Reichstag künftig der Sache der Anwälte mehr annehmen werden. Bei außerordentlich großer Anwesenheit von Mitgliedern kam es dann zur Abstimmung. Das Ergebnis war erhebend: der Antrag Hachenburg und Genossen wurde gegen etwa 12 Stimmen angenommen. So stark hatten die Ausführungen Hachenburgs gewirkt, daß auch die Amtsgerichtsanwälte den Vorstand ihres Vereins im Stiche ließen! Einstimmig wurde danach noch beschlossen,

1. das Referat Hachenburgs dem Reichsjustizamt, den Justizverwaltungen der Bundesstaaten und sämtlichen Reichstagsabgeordneten zur Kenntnis zu bringen,

2. das Reichsjustizamt zu ersuchen, den abgeänderten Gesetzentwurf tunlichst bald nach Fertigstellung dem Deutschen Anwaltverein zugehen zu lassen.

Donnerstag, den 12. September 1907 fand vormittags 9 Uhr zunächst die Generalversammlung der Hilfskasse für deutsche Rechtsanwälte im Versammlungssaale des Rosengartens statt. Nach der Rechnungslegung des Vorstandes begründete der um die Schaffung einer Versicherungskasse hochverdiente Justizrat Elze-Halle a. S. in längeren warmherzigen Darlegungen seinen Antrag:

„Die Ruhegehalts-, Witwen- und Waisenkasse für deutsche Rechtsanwälte zu Leipzig, welche auf Grund der vom deutschen Anwaltstage in Hannover genehmigten und durch Verhandlungen mit dem Kaiserl. Aufsichtsamt für Privatversicherungen in Berlin festgestellten Satzungen vom 20. Januar 1907 begründet ist, ist eine allgemeine Ruhegehaltskasse für deutsche Rechtsanwälte und eine Witwen- und Waisengelderkasse für die Hinterlassenen deutscher Rechtsanwälte im Sinne des § 2 a der Satzungen der Hilfskasse für deutsche Rechtsanwälte. Sie ist auch lebensfähig, wenn ihr 700 Mitglieder beitreten.

Es werden deshalb dieser Kasse, sofern ihr 700 Anwälte beitreten, 500 000 Mk. zur Hälfte in $3^1/_2$ proz., zur anderen Hälfte in 3 proz. Staatspapieren oder in Bescheinigungen über Eintragungen im Staatsschuldbuch aus dem angesammelten Kapitalgrundstock der Hilfskasse überwiesen. Die Hilfskasse wird dann aber nicht aufgelöst, sondern bleibt weiter bestehen. Sie beschränkt sich auf den im § 2b der Satzung bestimmten Zweck und arbeitet fortan nach der entsprechend veränderten Satzung. Namentlich kann sie die Zinsen auch von dem ihr verbleibenden Kapitalgrundstock zu Unterstützungszwecken verwenden".

Bekanntlich hatte der letzte Anwaltstag (zu Hannover) den Antrag, eine Zwangskasse zu schaffen, abgelehnt und eine freiwillige Kasse beschlossen. Diese Kasse ist am 20. Januar 1907 gegründet worden. Die 500 000 Mk., deren Ueberweisung von der Hilfskasse begehrt wurde, sollten der freiwilligen Kasse zur Deckung der Kosten der Errichtung und als Garantie- und Betriebsfonds dienen. Justizrat Elze wies überzeugend die Vorteile der freiwilligen Kasse nach, auch daß die Hilfskasse trotz der finanziellen Schwächung in der Zukunft in der Lage sein werde, noch in weit größerem Umfange als bisher den an sie gestellten Unterstützungsansprüchen zu dienen, eben weil sie dann nicht mehr für eine erst künftig zu gründende allgemeine Ruhegehalts-, Witwen- und Waisenkasse zu sparen habe. Auf dem bisher begangenen Wege der Ansammlung eines ausreichenden Kapitalgrundstockes weiter zu schreiten, sei nicht zu empfehlen. Den Grundstock einer Zwangskasse könne, wenn man die Mitgliederzahl in Betracht ziehe, erst ein Kapital von 80 Millionen Mark bilden; 24 Jahre aber habe man schon gesammelt und doch erst 1 400 000 Mk. zusammengebracht.

Nach Elze erhob sich Justizrat Kolsen-Berlin, der leidenschaftliche Vorkämpfer der Zwangs-

kasse, mit Schärfe gegen die freiwillige Versicherung. Er erklärte zunächst die Ueberweisung für rechtlich unzulässig, dann aber auch die wirtschaftlichen Aussichten der neuen Kasse für äußerst ungünstig. Er bezog sich dabei auf Gutachten von Professor Kuhlenbeck (Lausanne) und RA. Heine. Derartige Kassen seien aussichtslos, sie könnten, wie die bisherigen Erfahrungen zeigten, nicht gedeihen. Darum solle man das Geld für eine allgemeine Kasse aufheben. Er hoffe, daß die satzungsgemäß notwendige Zweidrittelmehrheit nicht zustande komme. Die Annahme des Antrags würde die Gefahr einer Spaltung der Rechtsanwaltschaft und einer Anfechtung des Beschlusses im Klagewege nach sich ziehen. Kolsen beantragte:

„eine Kommission zu wählen, die die Frage der Ruhegehalts-, Witwen- und Waisenkasse für deutsche Rechtsanwälte nochmals nachprüft und möglichst bald, etwa in einem halben Jahr, in einer außerordentlichen Generalversammlung praktische Vorschläge macht."

Die Debatte zeigte die beiden feindlichen Anschauungen in unversöhnlichem Gegensatze. Die Abstimmung, bei der zutage trat, in wie reichem Maße von der im Januar beschlossenen Zulässigkeit der Vertretung Gebrauch gemacht worden war, ergab die erforderliche $^2/_3$ Mehrheit für den Antrag Elze (mehr als 1500 gegen nicht einmal 300 Stimmen). Der für das Gedeihen der deutschen Anwaltschaft sicher höchst segensreiche Schritt war getan!

Gegen 1 Uhr mittags begann die zweite Sitzung des deutschen Anwaltstages. Unverkennbar hatte der erhebende Verlauf der Verhandlungen über die Justizreform in weiteren Kreisen, als nach der Vorversammlung zu erwarten war, den Wunsch nach einer möglichst friedlichen Austragung des Zwistes zwischen Vereinsmitgliedern und Vorstand verstärkt. Die Unzufriedenheit mit dem Verhalten des Vorstandes fand aber doch nach der Genehmigung der Jahresrechnung angemessenen sachlichen Ausdruck in dem Antrage Grünwald (Gießen), dem Vorstande die Entlastung zu verweigern, weil er, entgegen der klaren Bestimmung des § 5 der Vereinssatzungen, wonach die Einberufung eines außerordentlichen Anwaltstages auf Verlangen eines Zehnteils der Mitglieder zu erfolgen hat, dem von 2304 Mitgliedern eingereichten Antrag im Frühjahr nicht entsprochen hatte. In der Begründung bemerkte Grünwald, daß die Antragsteller bereit seien, den Antrag zurückzuziehen, wenn der Vorstand die Zusicherung gebe, künftig mehr im Geiste der Satzungen zu handeln. Auch sie glaubten an den guten Willen des Vorstandes und zweifelten nicht daran, daß dieser an die Richtigkeit seines Vorgehens glaube. Aber der Vorstand habe nicht zu „glauben", sondern nach dem Statut zu handeln. Der Vorstand habe den Eindruck erweckt, daß er eine öffentliche Behandlung des vorläufigen Entwurfes mit Rücksicht auf die Regierung nicht gewünscht habe, daß er der Regierung einen Sturm der Entrüstung habe ersparen wollen, einer Regierung, die unserem Stand seit 1879 niemals Wohlwollen gezeigt habe.

Demgegenüber verwahrte sich der Vorsitzende Erythropel dagegen, daß man dem Vorstande Motive unterstelle, die er selbst nicht angegeben hätte. RA. Grünwald fuhr fort, durch sein Vorgehen habe der Vorstand den beabsichtigten Appell an die öffentliche Moral verhindert, während sich anderseits die Regierungen verschiedener Bundesstaaten bereits festgelegt hätten, so daß der Anwaltsstand den Schaden habe. Wenn es richtig sei, daß der Entwurf den Vorständen der Anwaltskammern vertraulich zugegangen sei, so hätten die Vorstände als die berufenen Vertreter der Interessen der Rechtsanwaltschaft der Regierung erklären müssen, man möge sie von der Schweigepflicht entbinden. Die Vorstände der Anwaltskammern seien nicht unsere Vorgesetzten, sondern nur unsere Organe. Der Vorstand des Anwaltvereins aber hätte auch ohne den Antrag der 2300 Kollegen mit den Mitgliedern in Kontakt treten müssen. Mit großer Schärfe sprach sich dann RA. Soldan (Mainz) gegen das Verhalten des Vorstandes aus, den er wiederholt als den Angestellten des Vereins bezeichnete. Gegen diesen unglücklichen Vergleich wandte sich der Vorsitzende unter lebhafter Zustimmung aus der Versammlung. RA. Soldan suchte den Ausdruck damit zu rechtfertigen: der Vorstand sei nur ein abstractum, der Beauftragte des Vereins, jeder, der gewollte Aufträge empfange, heiße juristisch Angestellter, möge er Prokurist, Bankdirektor oder Minister sein. Den Schlußrufen, die daraufhin von verschiedenen Seiten erfolgten, bot Soldan die Stirn. Er rief das Plenum als Richter darüber an, ob man das Recht gehabt habe, vom Vorstande die Einberufung des außerordentlichen Anwaltstages zu verlangen oder nicht. Mit Fug und Recht beanspruchte er, als Kläger auftreten zu dürfen und gehört zu werden. Wenn man ihn als Friedensbrecher behandle, dann sei jeder, der eine Klage erhebe, dann seien sie alle gewerbsmäßige Friedensbrecher.

In die hochgehenden Wogen der Erregung brachte der bekannte Parlamentarier Konrad Haußmann (Stuttgart) Beruhigung durch die warme Bitte, den Antrag Grünwald zurückzuziehen, um den Geist der Kollegialität und Solidarität, den man in der nächsten Zeit nötiger habe denn je zuvor, nicht durch einen Zwist mit dem Vorstande zu schwächen.

Als der Vorsitzende danach den inzwischen eingegangenen Antrag Dr. Oelenheinz (Mannheim), wonach nur das Bedauern darüber, daß entgegen den Satzungen dem Antrag der 2304 Kollegen nicht stattgegeben worden sei, und die Erwartung ausgesprochen werden sollte, daß der

Vorstand in Zukunft auf strenge Einhaltung der Statuten bedacht sei, bekannt gab, bemerkte er, daß der Vorstand, wenn nicht aus der Mitte der Versammlung sich jemand seiner annehme und die Gründe vertrete, die ihn geleitet hätten, nicht bloß ruhig nach Hause gehen, sondern noch andere Konsequenzen ziehen würde. Daraufhin trat RA. Hinrichsen (Güstrow) kampfesfroh und warm für den Vorstand ein. Im Interesse des Ansehens des Anwaltsstandes hätte die Sache totgeschwiegen werden müssen; er bitte, die Diskussion abzubrechen und angesichts der bevorstehenden schweren Kämpfe dem Vorstande das vollste Vertrauen auszusprechen.

Nachdem RA. Grünwald zugunsten des Antrags Oelenheinz seinen Antrag zurückgezogen hatte (es lag aber noch ein anderer Antrag vor, wonach dem Vorstande die Entlastung verweigert werden sollte), brachte der Vorsitzende zuerst den Antrag, der dem Vorstand ein Vertrauensvotum aussprach, zur Abstimmung, trotzdem von vielen Seiten vor allen eine Abstimmung über den die Entlastung verweigernden Antrag als den weitestgehenden gefordert wurde. Das Vertrauensvotum wurde mit geringer Mehrheit angenommen, ohne daß eine Auszählung der Stimmen stattfand. Nunmehr wurde dem Vorstand mit großer Mehrheit die Entlastung erteilt, die satzungsgemäß ausscheidenden Mitglieder wurden durch Zuruf wieder gewählt.

Die Herabsetzung des Mitgliedsbeitrags von 20 auf 15 Mark und ein Antrag Schröder (Hohensalza), der eine andere Statutenänderung erstrebte, zeitigten einen Antrag Rosenthal (München) auf Einsetzung einer Kommission, die eine durchgreifende Aenderung der vielfach verbesserungsbedürftigen Satzungen des Anwaltvereins beraten und tunlichst bald darüber Vorschläge machen sollte. RA. Geiershöfer (Nürnberg) verlangte insbesondere, daß die Organisation mehr dezentralisiert werde, der Verein sei jetzt noch zu wenig bewegungsfähig. Die Versammlung beschloß auch, eine Kommission von 9 Mitgliedern zu wählen, die die Befugnis haben solle, drei weitere Mitglieder zu kooptieren. Die Bewegung verlief jedoch wieder im Sande: die Zusammensetzung der Kommission überließ man dem nächsten Anwaltstage.

In dem sich immer mehr leerenden Saale erstattete RA. Bloch I (München) sein Referat über die Frage, ob sich eine gesetzliche Regelung der Rechtsverhältnisse zwischen Anwalt und Klient empfehle. Seine Ausführungen konzentrierten sich in den Anträgen:

1. auszusprechen, daß die Regelung des gesamten Rechtsverhältnisses zwischen Anwalt und Klienten durch die Gesetzgebung zurzeit als nicht so dringlich, daß dagegen die Regelung der Verjährungsfrage und die Feststellung der Verjährungsfrist für alle Ansprüche aus dem Rechtsverhältnisse zwischen Anwalt und Klienten auf fünf Jahre dringlich und unbedingt geboten sei,

2. den Vereinsvorstand zu beauftragen, den Reichskanzler um eine Vorlage an den Bundesrat zu ersuchen, laut welcher zwischen die §§ 197 und 198 BGB. ein neuer § 197a oder zwischen die §§ 32 und 33 der Rechtsanwaltsordnung ein neuer § 32a eingeschlossen werden soll folgenden Wortlauts:

„In fünf Jahren verjähren die Ansprüche aus dem Rechtsverhältnisse zwischen Anwalt und Klienten. Die Verjährung beginnt mit der Erledigung oder dem sonstigen früheren Ende der Tätigkeit des Anwalts“.

3. bis zur gesetzlichen Regelung der Verjährungsfrage allen Anwälten zu empfehlen, bei Uebernahme einer Vertretung mit dem Klienten jeweils eine Vereinbarung dahin zu treffen, daß die Ansprüche aus dem durch Uebernahme der Vertretung ins Leben getretenen Rechtsverhältnisse mit Ablauf von fünf Jahren nach Erledigung oder Beendigung des Vertretungsverhältnisses verjähren.

Von einer Beschlußfassung wurde aber wegen der vorgerückten Zeit und der Leere des Saales abgesehen. Ein letzter Punkt der Tagesordnung wurde abgesetzt und die Tagung um 3 Uhr Nachmittags mit warmen Danke an die Stadt Mannheim, den Ortsausschuß und die Referenten geschlossen.

Mitteilungen aus der Praxis.

Nochmals die Untersuchungshaft bei Ueberweisung an die Landespolizei. Den Ausführungen in Nr. 14 S. 285 ff. dieser Zeitschrift liegt bei Behandlung der Frage, ob die beabsichtigte Fortdauer der Untersuchungshaft im Tenor oder in den Gründen des Urteils besonders anzuordnen ist, das regelmäßige Verfahren, nämlich Eröffnung des Hauptverfahrens nach § 202 und Anordnung der Fortdauer der Untersuchungshaft nach § 205 Abs. 2 StPO. zugrunde. Daß für diesen Fall in dem später ergehenden Urteil ein Ausspruch über die Fortdauer der Untersuchungshaft nicht mehr geboten ist, wird auch in der Abhandlung in Nr. 18 S. 365 ff. dieser Zeitschrift nicht widersprochen; es wird im Gegenteil anerkannt, daß die Anordnung der Fortdauer der Untersuchungshaft nach § 205 Abs. 2 ihre Wirksamkeit für alle Instanzen behält, sofern sie nicht etwa nach § 123 Abs. 1 StPO. von dem mit der Sache befaßten Gerichte ausdrücklich aufgehoben wird. Ich halte es für geboten, dies ausdrücklich noch hervorzuheben, damit nicht die in der letztgenannten Abhandlung enthaltene Aeußerung, es könnte der in Nr. 14 S. 285 vertretenen Ansicht nicht beigepflichtet werden, zu irrtümlicher Auffassung Anlaß gibt.

Was das abgekürzte Verfahren nach § 211 Abs. 1 StPO. anlangt, das namentlich bei Bettlern und Landstreichern häufig in Anwendung kommt, so trete ich den Ausführungen hierüber in Nr. 18 dieser Zeitschrift anstandslos bei.

Landgerichtsdirektor Seidenschwarz in Aschaffenburg.

Uebernahme der Verfolgung durch die Staatsanwaltschaft im Privatklageverfahren. Beleidigungen und Körperverletzungen können, soweit die Verfolgung nur auf Antrag eintritt, von dem Verletzten im Wege der Privatklage verfolgt werden, ohne daß es einer vorgängigen Anrufung der Staatsanwaltschaft bedarf (§ 414 StPO.). Doch kann die Staatsanwaltschaft in dem Verfahren auf erhobene Privatklage in jeder Lage der Sache bis zum Eintritt der Rechtskraft des Urteiles durch eine ausdrückliche Erklärung die Verfolgung übernehmen (§ 417 II StPO.). Hat die Staatsanwaltschaft die Verfolgung übernommen, so richtet sich das weitere Verfahren nach den Bestimmungen, welche für den Anschluß des Verletzten als Nebenkläger gegeben sind, d. h. für den Privatkläger hat die Uebernahme der Verfolgung die Wirkung, daß ihm ohne besondere Anschlußerklärung die Rolle des Nebenklägers im Sinne der §§ 435 ff. StPO. zufällt. (§ 417 III StPO.). Durch diese gesetzliche Vorschrift ist also nur die Stellung des Privatklägers in dem durch die Uebernahme der Verfolgung durch die Staatsanwaltschaft eingeleiteten öffentlichen Klageverfahren bestimmt; dagegen enthält das Gesetz keine ausdrücklichen Vorschriften über den Verlauf des weiteren öffentlichen Klageverfahrens und seinen Einfluß auf das bisherige Privatklageverfahren.

Aus dem Wortlaute des § 417 StPO.: „Die Staatsanwaltschaft kann in jeder Lage der Sache x. x. die Verfolgung übernehmen", darf wohl der Schluß gezogen werden, daß das bis zum Zeitpunkte der Uebernahme gediehene Privatklageverfahren zu Recht besteht, daß die Staatsanwaltschaft nur in das bestehende Verfahren einzutreten und es vom Zeitpunkte der Uebernahme ab weiter zu betreiben hat. Ist demnach im Zeitpunkte der Uebernahme das Hauptverfahren noch nicht eröffnet, so hat die Staatsanwaltschaft unter Bezugnahme auf die Privatklageschrift, welche in der Regel wohl den Erfordernissen der Anklageschrift im Sinne des § 198 StPO. entspricht, die Eröffnung des Hauptverfahrens bei dem zuständigen Gerichte, bei Körperverletzungen also gemäß § 27 Ziff. 3a GVG. beim Schöffengerichte, bei Beleidigungen gemäß § 73 Ziff. 1 GVG. bei der landgerichtlichen Strafkammer zu beantragen. Ist auf erhobene Privatklage hin das Hauptverfahren im Zeitpunkte der Uebernahme vor dem nach § 27 Ziff. 3 und 3a GVG. zuständigen Schöffengerichte bereits eröffnet, so hat auch folgerichtig für die Aburteilung des Vergehens der Beleidigung, für welche an sich im öffentlichen Klageverfahren die Zuständigkeit des Landgerichtes gegeben ist, das Schöffengericht zuständig zu bleiben; die Zuständigkeitsnorm des § 73 Ziff. 1 im Zusammenhalt mit § 27 Ziff. 3 GVG. steht nicht entgegen; denn diese gesetzlichen Bestimmungen haben nur die gewöhnlichen Fälle im Auge, in denen das Verfahren auf erhobene Privatklage oder auf erhobene öffentliche Klage durchgeführt wird, nicht aber auch jenen Fall, in welchem das Privatklageverfahren durch Uebernahme der Verfolgung seitens der Staatsanwaltschaft in das öffentliche Klageverfahren übergeleitet wird. Die hier vertretene Ansicht, die in dem weiteren Verfahren nach der Uebernahme nur eine Fortsetzung des bestehenden Verfahrens erblickt, die demnach auch die im Privatklageverfahren erwachsenen Kosten zu den Gesamtkosten des weiteren öffentlichen Klageverfahrens zählt, wird in der Literatur vielfach gebilligt (s. Löwe-Hellweg, Komm. z. StPO. Anm. 7 zu § 417; Stenglein, Komm. z. StPO. und GVG., Anm. 9 zu § 27 GVG.); dagegen steht sie im Widerspruche mit den Entscheidungen des Reichsgerichtes vom 13. März 1884, 26. Februar 1897 und 21. November 1902 (X 237, XXIX 422, XXXVI 5). Wenn dem Schöffengerichte bis zum letzten Augenblicke vor der Urteilsfällung die Privatklage entzogen und durch die öffentliche Klage ersetzt werden kann, und wenn das Gesetz dem Schöffengericht die Aburteilung aller öffentlichen Klagen wegen Beleidigungen und Körperverletzungen verbietet, so folgt daraus nach Ansicht des Reichsgerichtes, daß ohne Rücksicht auf den Eröffnungsbeschluß die Unzuständigkeit des Schöffengerichtes bis zum letzten Augenblick vor der Urteilsfällung über solche Klagen eintreten kann. Das Reichsgericht hält es deshalb für die einfachste, der Natur der Sache am meisten entsprechende Forderung, daß das Schöffengericht das Privatklageverfahren durch Beschluß oder Urteil einstellt, sobald ihm, gleichviel in welchem Stadium des Verfahrens, eine die Verfolgung übernehmende Erklärung der Staatsanwaltschaft zugeht und die Akten der Staatsanwaltschaft zum weiteren Betriebe nach Maßgabe der nunmehr anwendbaren Zuständigkeitsvorschriften mitteilt, d. h. die Staatsanwaltschaft hat nach Ansicht des Reichsgerichtes ein ganz neues Verfahren mittelst Erhebung der öffentlichen Klage einzuleiten.

Der Wortlaut des Gesetzes spricht nun ganz und gar nicht für den vom Reichsgericht gezeigten Weg; das Gesetz spricht von der Uebernahme der Verfolgung in jeder Lage der Sache; die Einleitung des neuen Verfahrens nach Einstellung des Privatklageverfahrens ist aber nicht Uebernahme eines bestehenden Verfahrens; auch auf die Zuständigkeitsnormen des § 27 Ziff. 3 und § 73 Ziff. 1 GVG. kann das Reichsgericht seine Ansicht nur scheinbar gründen; denn diese Normen treffen nach obigem auf das Verfahren bei Ueberleitung der Privatklage in die öffentliche Klage nicht zu; eine Zuständigkeitsnorm ist vielmehr für diesen besonderen Fall im Gesetze nicht vorgesehen. Eine Entscheidung über die Kosten des Privatklageverfahrens ist im Rahmen der reichsgerichtlichen Erkenntnisse überhaupt nicht möglich; der das Privatklageverfahren einstellende Beschluß kann die Kostenpflicht des Privatklägers nach § 496, 503 StPO. nicht aussprechen, da durch die Uebernahme der Verfolgung durch die Staatsanwaltschaft der Privatkläger die Stellung des Nebenklägers erlangt hat, im Augenblicke der Einstellung des Privatklageverfahrens der Privatkläger als solcher weggefallen ist, die Kosten des Privatklageverfahrens aber mit den Kosten des neuen Offizialverfahrens nicht in Zusammenhang gebracht werden können.

Auf keinen Fall aber dürfte das vom Reichsgerichte vorgeschlagene Verfahren von praktischer Bedeutung sein, wenn auf erhobene Privatklage wegen Körperverletzung die Verfolgung durch die Staatsanwaltschaft übernommen wird; denn nach § 27 Ziff. 3a des GVG. in der Fassung der Novelle vom 5. Juni 1905 (RGBl. 1905 S. 533) ist das Schöffengericht zuständig zur Aburteilung aller auf Antrag zu verfolgenden Körperverletzungen, gleichviel, ob die Verfolgung im Wege der öffentlichen Klage oder der Privatklage erfolgt. Würde der vom Reichsgerichte vorgeschlagene Weg auch bei Körperverletzungen im Falle der Uebernahme weiter zu begehen sein, so müßte das Schöffengericht z. B. den auf erhobene Privatklage erlassenen Eröffnungsbeschluß durch Ein-

stellung des Privatklageverfahrens außer Wirksamkeit setzen, um sodann denselben Eröffnungsbeschluß auf erhobene öffentliche Klage wieder ins Leben zu rufen; ein solches Verfahren wird aber kaum im Sinne des Gesetzgebers gelegen sein.

Die bestehenden Streitfragen dürften wohl am einfachsten durch eine Interpretation des Gesetzgebers zu beseitigen sein, wenn dem § 417 StPO. ein weiterer Absatz des Inhaltes hinzugefügt wird, daß bei Uebernahme der Verfolgung eines Vergehens der Beleidigung nach Eröffnung der Hauptverhandlung vor dem Schöffengerichte die Zuständigkeit des Schöffengerichtes auch für das weitere öffentliche Klageverfahren gegeben bleibt, zumal in den meisten Fällen auch die im Wege der öffentlichen Klage verfolgten Beleidigungen infolge Ueberweisung gemäß § 75 GVG. vor dem Schöffengerichte zur Aburteilung gelangen.

Amtsrichter Schwab in Schwabach.

Zur Lehre vom Finderlohn nach dem BGB. In einem der größten Cafés Berlins hatte ein Gast eine Geldtasche mit wertvollem Inhalt zurückgelassen. Einer der Kellner des Cafés fand nach Weggang des Gastes die Geldtasche, nahm sie an sich, stellte ihren Inhalt fest und gab sie sodann als Fundsache im Bureau des Cafés ab. Nachdem einige Monate verstrichen waren, und sich niemand wegen der gefundenen Geldtasche gemeldet hatte, verlangte der Kellner, der die Geldtasche seinerzeit gefunden und inzwischen seine frühere Stellung bei dem Café aufgegeben hatte, den ihm gesetzlich zustehenden Finderlohn von dem Inhaber des Cafés. Letzterer lehnte den Anspruch ab, indem er behauptete, daß in einem Cafe keine Sachen als verloren erachtet werden könnten, weil die Sachen seiner Gäste in sein Lokal eingebracht und daher in seine Verwahrung gekommen seien, ferner sei das Café eine dem öffentlichen Verkehr dienende Verkehrsanstalt, auf welche § 978 BGB. Anwendung finde, so daß auch aus diesem Grunde ein Finderlohn ausgeschlossen sei. Der Kellner beruhigte sich bei diesem ablehnenden Bescheide nicht, sondern erhob Klage auf Zahlung des ihm zustehenden Finderlohns gegen den Inhaber des Cafés. Im vorliegenden Falle konnte der Klage materiell nicht näher getreten werden, weil, selbst wenn man dem Kellner als Finder den Anspruch auf Finderlohn zusprechen würde, er diesen Anspruch nur gegen den Empfangsberechtigten (d. h. Verlierer, Eigentümer oder sonst Empfangsberechtigte) hätte geltend machen können (§ 971 BGB.), niemals aber gegen den Inhaber des Cafés, der doch höchstens nur Besitzdiener war. Prüft man jedoch die von dem Inhaber des Cafés erhobenen materiellen Einwendungen, so wird folgendes zu berücksichtigen sein.

Was zunächst den ersten Einwand anlangt, so stellen die Motive zum ersten Entwurf eines BGB. (Bd. 3 S. 386) als wesentliches Merkmal der Fundsache fest, daß die Inhabung des Verlierers ohne dessen Willen aufgehoben sein muß. Daraus wird ebenda gefolgert, daß aus dem Begriffe der Fundsache alle Sachen ausscheiden, welche durch einen Anvertrauungsvertrag in fremde Inhabung gelangt sind. In diesen Fällen bestimmen sich die Rechtsfolgen für den fremden Inhaber aus den dem Anvertrauungsvertrage zugrunde liegenden Dienst-, Miet-, Leih- Hinterlegungsvertrage oder dem Auftrag. Es handelt sich hierbei, wie die Motive besonders hervorheben, in der Regel um Privaträume, wo die dort befindlichen Sachen bereits einer gewissen Detention unterstehen und nicht im eigentlichen Sinne gefunden werden können. Gerade im Gegensatze hierzu stehen die jedermann zugänglichen Cafés, Restaurants, Konzertsäle, Theater, Ausstellungen, Kirchen, Wärmehallen. Die Zahl der Besucher dieser Etablissements ist eine unbegrenzte, stets wechselnde, keiner der Besucher hat den Willen,[1]) einen sog. Anvertrauungsvertrag mit den ihnen völlig gleichgültigen Besitzern dieser Etablissements abzuschließen. Es ist völlig ausgeschlossen daß eine derartige Absicht bei den Besuchern bezüglich der in ihrem besonderen Gewahrsam befindlichen Kostbarkeiten, Wertpapiere, Geldstücke bestehen könnte. Ebensowenig wohnt eine derartige Absicht dem Inhaber des Etablissements inne. Verliert daher ein Besucher derartiger Etablissements ihm gehörige Gegenstände, ohne daß diese den Besitzer erkennen lassen, meldet sich der Besitzer auch nicht und läßt sich auch sonst nicht ermitteln, so wird man in diesen Fällen sehr wohl von einer Fundsache im Sinne des BGB. sprechen können und müssen.

Eine andere Frage ist es und damit kommen wir zu dem zweiten Einwand, ob die vorerwähnten Etablissements nicht unter die dem öffentlichen Verkehr dienenden Verkehrsanstalten zu rechnen sind, in deren Räumen nach positiver Bestimmung des § 978 BGB. eine verlorene Sache nicht gefunden werden kann. Was unter einer dem öffentlichen Verkehr dienenden Verkehrsanstalt zu verstehen ist, ist streitig. Nach den Motiven zu dem ersten Entwurf eines BGB. wollte man für die Fälle, wo der dem Verkehr geöffnete Fundort einer besonders organisierten Aufsicht untersteht, welche die dort befindlichen Personen und Sachen unter ihren Schutz nimmt, einen Finderlohn ausschließen und eine Ablieferungspflicht statuieren. Die Motive bemerken hierzu noch ausdrücklich, daß es sich hierbei um Sachen handelt, die in den Geschäftsräumen oder in den Transportmitteln einer öffentlichen Behörde oder einer öffentlichen Verkehrsanstalt verloren sind. Gedacht ist dabei besonders an die im Bereiche der Eisenbahnen verlorenen Sachen, bezüglich deren schon ein Erlaß des preußischen Handelsministers vom 21. Juni 1881 (MBl. f. innere Verwaltung S. 183) die Eigenschaft dieser Sachen als Fundsachen verneint hat, weil sie in den Gewahrsam der Bahnverwaltung gelangen. Augenscheinlich um jeden Zweifel über die Ausdehnung des in das Gesetz aufgenommenen Begriffs der öffentlichen Verkehrsanstalt (Entw. I § 924 Abs. 1) auszuschließen, ist bei der zweiten Lesung von der Redaktionskommission die in dem ersten Entwurf befindliche Fassung „öffentliche Verkehrsanstalt" noch näher dahin präzisiert worden, daß diese eine dem öffentlichen Verkehr dienende Verkehrsanstalt sei.[2]) Diese Fassung des § 978 BGB. wird man zwar wegen ihres Pleonasmus nicht gerade als glücklich

[1]) Als Ausnahme scheiden aus diejenigen Etablissements, in denen gegen besondere Marken die Garderobe der Besucher in Verwahrung genommen wird; hier liegt ein wirklicher Verwahrungsvertrag vor.

[2]) Weniger klar und sogar mißverständlich drücken sich die Motive zum Entw. eines BGB. S. 388 aus, wenn dort gesagt wird, daß Transportmittel auch bei Behörden und bei Anstalten, deren eigentlicher Zweck nicht im Transport besteht, vorkommen können.



bezeichnen können, aber jedenfalls geht doch soviel aus ihr hervor, daß man sie zu einer ausdehnenden Auslegung des Begriffs über den gewollten Umfang hinaus nicht wird verwenden können.[1]) Entscheidend fällt noch ins Gewicht, daß es sich in den §§ 978 ff. BGB. um Sondervorschriften und Ausnahmefälle handelt, die eine ausdehnende Auslegung des im § 978 BGB. genau umgrenzten Begriffs nicht zulassen (vgl. Planck, BGB. Bd. 3 Anm. 1. c. zu § 978, auch Eck-Leonhard, Vorträge über das Recht des BGB. Bd. 2 § 19 S. 157 Note 5 und S. 158 Note 1). Man wird daher die Meinung derer (Planck a. a. O., Goldmann-Lilienthal, BGB. Bd. 2 Anm. 3 zu § 978 S. 113) als dem Gesetz entsprechend bezeichnen müssen, nach denen Verkehrsanstalt gleichbedeutend ist mit Verkehrsunternehmung, welche Bezeichnung im Art. 125 EG. z. BGB. sich findet, so daß darunter nur eine Anstalt zu verstehen ist, deren Hauptzweck es ist, dem Verkehr zu dienen. Es scheidet damit aus eine Anstalt, welche in erster Linie und vornehmlich anderen Zwecken dient, und bei der nur zufällig zur Erreichung dieses anderen Hauptzwecks auch ein Verkehr des Publikums stattfindet. Letzteres trifft zu für Cafés, Restaurants, öffentliche Banken, Theater, Ausstellungen, Konzertsäle, Wärmehallen, Kirchen u. dergl. m.

Landrichter Dr. iur. Altmann in Berlin.

Aus der Praxis der Gerichte.

Reichsgericht.

A. Zivilsachen.

I.

Zum Begriffe des Zubehörs. (Kann eine Zentesimalwage auf einem städtischen Grundstücke Zubehör eines benachbarten Gasthofgrundstücks sein?). Die Eigentümer eines Gasthofgrundstücks in Gl. betrieben auf Grund von Verträgen mit der Stadt seit 1893 das Wiegen auf einer Zentesimalwage, die größtenteils auf städtischem Grund und Boden, zu einem kleinen Teil ihres hölzernen Schutzhäuschens auf der Grundfläche jenes Gasthofgrundstückes errichtet ist. Gegen den Gastwirt R. ließ der Kläger im Herbst 1904 dessen Recht auf Benutzung und Betrieb dieser Wage pfänden. Als später in der Zwangsversteigerung des Gasthofs der Beklagte den Zuschlag erhalten hatte, erwirkte er die Vollstreckungsklausel aus dem Zuschlag auch hinsichtlich der in des Klägers Besitz befindlichen Wage. Die Beschwerde des Klägers blieb erfolglos, weshalb er Klage mit dem Antrag erhob, den Beklagten zu verurteilen, das Recht des Klägers auf Benutzung und Betrieb der Wage anzuerkennen und ihm die Ausübung dieses Rechtes zu gestatten. Die Vorinstanzen haben die Klage abgewiesen. Die Revision hatte Erfolg.

Aus den Gründen: Daß die Wage nicht wesentlicher Bestandteil des vom Beklagten in der Zwangsversteigerung gegen R. erstandenen Grundstücks ist, wurde vom Berufungsrichter bedenkenfrei festgestellt. Das Oberlandesgericht erkennt sie aber auch nicht als wesentlichen Bestandteil des städtischen Marktplatzes an, betrachtet sie vielmehr als bewegliche Sache und als Zubehör des Gastwirtschaftsgrundstücks, mit dem sie durch Zuschlag in das Eigentum des Beklagten übergegangen sei. Deshalb erklärt er sie für unpfändbar nach § 865 ZPO. Die Revision wendet sich zunächst gegen die Ausführungen des Berufungsurteils, daß die Wage nicht wesentlicher Bestandteil des städtischen Grundstücks sei, und in der Tat stehen dieser Entscheidung mancherlei Bedenken entgegen. Mag man diese Bedenken aber auch auf sich beruhen lassen und hier unterstellen, daß die Wage von Anfang an bewegliche Sache geblieben sei, so muß doch der weitere Revisionsangriff, der sich gegen die Annahme ihrer Zubehöreigenschaft zum R.schen Gasthofgrundstück richtet, durchdringen und dem Kläger zum Siege verhelfen. Zubehör sind nach § 97 BGB. bewegliche Sachen, die, ohne Bestandteile der Hauptsache zu sein, dem wirtschaftlichen Zwecke der Hauptsache zu dienen bestimmt sind und zu ihr in einem dieser Bestimmung entsprechenden räumlichen Verhältnisse stehen. Von der Rechtsprechung ist dieser Begriff in Einzelfällen ausdehnend angewendet und eine auch nur mittelbare Zweckbestimmung sowie räumliche Zugehörigkeit im weiteren Sinne für genügend erachtet worden. Hiernach kann es keinem Zweifel unterliegen, daß das Erfordernis eines entsprechenden räumlichen Verhältnisses der Wage zum Gastwirtschaftsgrundstück, an das sie unmittelbar angrenzt, gegeben ist. Auch die Verneinung nur vorübergehender Beziehungen könnte gebilligt werden. Dagegen fehlt es an der im § 97 verlangten Zweckbestimmung. Es mag dem Berufungsurteile und dem Beklagten zugegeben werden, daß die Gastwirte die Wage als wichtige Einnahmequelle hauptsächlich wegen der nicht unerheblichen Wagegebühren betrachtet haben. Ihre Absichten allein konnten aber das sachlich — objektiv — zu beurteilende Merkmal der wirtschaftlichen Zweckbestimmung für ihr Grundstück nicht erfüllen. Denn ebensogut wie sie, konnte ein nicht die Gastwirtschaft betreibender Hausbesitzer oder auch nur Mietbewohner in der Nähe, ja vielleicht sogar ein entfernt Wohnender, der die Unbequemlichkeit steter Anwesenheit am Wiegeplatze nicht scheute, das Wiegegeschäft übernehmen. An sich war dieses vom Grundeigentum vollkommen unabhängig. Allerdings erwarteten sich die genannten Gastwirtschaftseigentümer aus dem Betrieb der Wage den Nebenvorteil, daß die zur Benutzung der Wage sich einfindenden Leute zum Teil wenigstens die Gastwirtschaft besuchen, darin essen und trinken und so den Ertrag des Gastwirtschaftsgrundstücks selbst erhöhen würden. Insofern wäre die wirtschaftliche Beziehung zwischen diesem und der Wage hergestellt und man könnte in ähnlicher Weise, wie bei den in dem Urteil RGZ. 47, 197 behandelten Gondeln auf dem Teiche in der Nähe einer Gastwirtschaft annehmen, daß die Wage dem wirtschaftlichen Zwecke der Hauptsache, d. i. des Gastwirtschaftsgrundstückes im Sinne des § 97 BGB. zu dienen bestimmt war. Dennoch verbietet sich dies aus dem Grunde, daß die letzterwähnte nebensächliche Zweckbestimmung nach dem vorliegenden Tatbestande überhaupt nicht maßgebend sein kann. Alleinbestimmend war, abgesehen von der Frage, ob eine öffentliche Wage überhaupt Zubehör eines Privatgrundstückes sein kann, der Verfügungswille der Stadtgemeinde. Diese wollte eine für jedermann zugängliche Wage zum allgemeinen Nutzen gründen, sie gewährte als Gegenleistung dafür, daß H. (ein früherer Wirt) die Wage selbst anschaffte, die mindestens gleichwichtige Benutzung eines bequem liegenden öffentlichen Platzes sowie das Recht auf Erhebung der Wägegebühren. Dem jeweiligen Gastwirtschaftsbesitzer auch noch vermehrte Einnahmen durch Zechen der die Wage benutzenden Leute zu verschaffen, lag ihr vollständig fern. Sie hat die Wage

[1]) Wie dies tun Dernburg, BGB. Bd. 3 § 115 Anm. 36, Eck-Leonhard, Vorträge über das Recht des BGB. Bd. 2 § 19 S. 157, Biermann, das Sachenrecht des BGB. 2. Aufl. Anm. 1 zu § 978 BGB., J. von Staudingers Kommentar Bd. 3 Sachenrecht, erläutert von Kober Anm. 1 b zu § 978.

überhaupt nicht als Bestandteil oder Zubehör des Gastwirtschaftsgrundstücks, sondern als wesentlichen Bestandteil oder mindestens als Zubehör ihres öffentlichen Wiegeplatzes gedacht und gewollt und dem haben sich die genannten Gastwirte gefügt, wie dies alles aus den vorliegenden Verträgen und insbesondere aus dem der Stadt Gl. gewahrten Rechte, nach Ablauf der Vertragszeit die Wage zu erwerben, entnommen werden muß. Nach dem allen war diese nicht bestimmt, dem wirtschaftlichen Zwecke des vom Beklagten erstandenen Grundstückes zu dienen, sie war nicht dessen Zubehör nach § 97 BGB. und ist durch den Zuschlag nicht in das Eigentum des B. mit übergegangen (§§ 20, 55, 90 ZVG.). (Urt. d. V. ZS. v. 10. Juli 1907).

1056 — — — n.

II.

Die Verpflichtung zum Schadensersatz nach § 707 Abs. 2 ZPO. tritt auch dann ein, wenn das vorläufig vollstreckbare Urteil in der Berufungsinstanz zunächst durch ein bedingtes Endurteil ersetzt, später aber durch das Läuterungsurteil seinem Inhalte nach bestätigt wird. Der Kläger verlangt von der Beklagten Ersatz des Schadens, den er dadurch erlitten hat, daß die Beklagte ein vorläufig vollstreckbares Urteil vom 28. Mai 1903 im April 1904 vollstrecken ließ. Durch dieses Urteil war der Kläger verurteilt worden, an die Beklagte 10000 Mk. nebst Zinsen zu zahlen. Auf Grund des Urteils ließ die Beklagte am 30. April 1904 Gegenstände pfänden. In der Berufungsinstanz wurde das Urteil vom 28. Mai 1903 aufgehoben; das OLG. erließ am 14. Juli 1904 ein bedingtes Endurteil. Darauf erwirkte der Kläger am 1. September 1904 die Freigabe der gepfändeten Gegenstände. Am 6. März 1905 wurde er jedoch, nachdem die Beklagte den ihr vom OLG. auferlegten Eid geleistet hatte, auch in der Berufungsinstanz zur Zahlung von 10000 Mk. nebst Zinsen und Kosten verurteilt. Das LG. wies den Kläger mit dem Schadensersatzanspruch ab. Das OLG. wies die Berufung zurück. Die Revision hatte Erfolg.

Gründe: Das OLG. hat die Zurückweisung der Berufung auf folgende Erwägungen gestützt: Nach dem klaren Zwecke der in § 717 Abs. 2 ZPO. enthaltenen Vorschrift sei unter der Abänderung des für vorläufig vollstreckbar erklärten Urteils nur eine Entscheidung zu verstehen, durch die über den Anspruch endgültig entschieden wird. Zu solchen Entscheidungen gehöre ein bedingtes Urteil nicht; jene Voraussetzung werde erst durch das Läuterungsurteil erfüllt. Das Läuterungsurteil vom 6. März 1905 habe mit dem für vorläufig vollstreckbar erklärten Urteile vom 28. Mai 1903 übereingestimmt. Dem Kläger stehe daher kein Anspruch aus § 717 Abs. 2 zu. Die Revision rügt mit Recht, daß die Entscheidung des OLG. auf Gesetzesverletzung beruhe. Die ZPO. vom 30. Januar 1877 enthielt in § 655 Abs. 2 die Vorschrift: „Soweit ein für vorläufig vollstreckbar erklärtes Urteil aufgehoben oder abgeändert wird, ist der Kläger auf Antrag des Beklagten zur Erstattung des von diesem auf Grund des Urteils Gezahlten oder Geleisteten zu verurteilen." Diese Vorschrift wurde dahin ausgelegt, daß die Erstattungspflicht eintrete, sobald der Vollstreckungstitel wegfalle, insbesondere auch in dem Falle, wenn ein für vorläufig vollstreckbar erklärtes Urteil I. Instanz von dem Berufungsgericht aufgehoben und ein bedingtes Urteil erlassen werde. Durch das Gesetz vom 17. Mai 1898 ist die Haftung des Gläubigers erweitert worden, die Voraussetzung der Haftung aber — die Aufhebung oder Abänderung des für vorläufig vollstreckbar erklärten Urteils — ist unverändert gelassen worden. Es ist daher anzunehmen, daß ebenso wie früher an jede Aufhebung des Vollstreckungstitels die Verpflichtung zur Erstattung des auf Grund des Urteils Geleisteten sich knüpfte, auch jetzt mit jeder Aufhebung des Vollstreckungstitels die Verpflichtung zum Schadensersatz einzutreten hat. In der Begründung zu dem Abänderungsentwurf für § 655 ist hervorgehoben, die Schadensersatzverbindlichkeit trete nicht ein, wenn nur die Vollstreckbarkeit des Urteils beseitigt werde. Das steht mit der Gesetzesbestimmung völlig in Einklang. Tritt nur die Vollstreckbarkeit des Titels außer Kraft, so entsteht noch keine Verpflichtung zum Schadensersatz. Anders aber ist es, wenn die Entscheidung in der Sache selbst, also das für vollstreckbar erklärte Urteil, aufgehoben oder geändert wird; in diesem Falle ist der Schaden, der aus der vorzeitigen Zwangsvollstreckung erwachsen ist, zu ersetzen. Es hat denn auch das Reichsgericht zu § 717 Abs. 2 ZPO. schon erkannt, daß jede in der Sache selbst ergehende Aufhebung eines für vorläufig vollstreckbar erklärten Urteils zur Begründung der Schadensersatzpflicht ausreichend sei, und daß es genüge, wenn das Berufungsgericht an Stelle der in erster Instanz unbedingt ausgesprochenen Verurteilung ein bedingtes Urteil erlasse (vgl. JW. 1907 S. 19 Nr. 22). Die Entscheidung vom 19. März 1902 (JW. S. 254 Nr. 19), auf die das Berufungsgericht hingewiesen hat, steht mit dieser Rechtsprechung nicht in Widerspruch. Nicht zutreffend ist auch der Hinweis des Vertreters der Revisionsbeklagten auf die Vorschriften in §§ 302 Abs. 4, 600 Abs. 2 und 945 ZPO. In den Fällen des § 945 genügt es zur Entstehung der Schadensersatzpflicht, daß die Anordnung des Arrestes oder der einstweiligen Verfügung sich als von Anfang an ungerechtfertigt erweist oder die angeordnete Maßregel auf Grund des § 926 Abs. 2 oder des § 942 Abs. 3 aufgehoben wird, mag auch der Anspruch der Partei, welche die Anordnung erwirkt hat, rechtlich begründet sein. In den §§ 302 und 600 dagegen ist der Eintritt der Schadensersatzpflicht davon abhängig gemacht, daß der Anspruch des Klägers in dem Nachverfahren sich als unbegründet erweist. (Urt. des IV. ZS. vom 4. Juli 1907).

1032 — — n.

B. Strafsachen.

I.

Schwere Urkundenfälschung. Die Strafkammer nimmt an, daß der Angeklagte die Urkundenfälschung in der Absicht begangen hat, sich einen Vermögensvorteil zu verschaffen, weil seine Absicht darauf gerichtet gewesen sei, ein Vertikow, das gepfändet war und in einem bestimmten Termin versteigert werden sollte, länger zu behalten. Wenn nun auch der längere Besitz einer Sache objektiv nach Lage der Verhältnisse ein Vermögensvorteil sein kann, so ist das jedenfalls für die Feststellung der subjektiven Seite nicht rechtlich bedenkenfrei. Denn der Angeklagte hatte nach seiner vom Erstrichter für gleichgültig erachteten und damit als wahr unterstellten Angabe die Fälschung nur vorgenommen, weil er seiner schwangern Ehefrau eine Aufregung ersparen wollte. In Rücksicht auf diesen Umstand bedurfte es besonderer Prüfung und Erörterung, ob und weshalb er demnach bei seinem Tun sich auch bewußt war, daß der Besitz des Vertikows während derjenigen Zeit, um welche er dessen Versteigerung durch das von ihm fälschlich hergestellte Telegramm hinausschieben wollte, einen Vermögensvorteil für ihn bedeutete und daß er auch diese Folge seines Handelns in seinen Willen aufgenommen hat. Diese durch § 268 Abs. 1 StGB. gebotene Prüfung hat der Erstrichter unterlassen. (Urt. d. V. StS. v. 9. Juli 1907, 5 D 503/07).

1061 — — — e —

II.

Betrug. Freiwilliger Rücktritt vom Versuche (§§ 263, 43, 46 Nr. 1 StGB.). Der Angeklagte hat durch die Vorspiegelung falscher Tatsachen den M.

zum Abschluß eines Kaufvertrages veranlaßt, durch den die Firma des M. zur Lieferung einer Nähmaschine an den Angeklagten verpflichtet wurde. In dem Abschlusse dieses Vertrags findet aber das Gericht den Tatbestand des Betrugs nicht und konnte ihn — abgesehen von der unten folgenden Erörterung — auch nicht finden, da es die Behauptung des Angeklagten als wahr unterstellte, daß die Maschine nur gegen Barzahlung des ganzen Kaufpreises geliefert werden sollte. Das Gericht nimmt vielmehr nur einen Betrugsversuch an und weist darauf hin, daß der Angeklagte damit gerechnet hat, es werde ihm später bei der Ablieferung der Maschine gelingen, sie ohne Bezahlung ausgeliefert zu erhalten. Eine derartige Konstruktion wäre an sich zulässig gewesen. Denn ließ sich feststellen, daß das vom Angeklagten bereits betätigte und das noch zu betätigende Verhalten eine Einheit bildeten, so konnte ohne Rechtsirrtum in demjenigen, was der Angeklagte schon getan hatte, der Anfang der Ausführung des beabsichtigten Betrugs gefunden werden (RGE. Bd. 28 S. 144). Ob dies der Standpunkt des Vorderrichters war, läßt sich nicht klar ersehen. In jedem Falle wäre aber dabei ein Umstand nicht genügend gewürdigt worden. Nach dem Urteile war der Angeklagte, als die Maschine geliefert werden sollte, verschwunden und nicht aufzufinden. Nach der Sachlage hätte dieser Umstand zu der Prüfung führen müssen, ob darin nicht ein freiwilliger Rücktritt von dem noch nicht beendeten Versuche im Sinne des § 46 Nr. 1 StGB. enthalten war. Eine Erörterung darüber fehlt. . . . Denkbar aber wäre es, daß tatsächlich ein vollendeter Betrug vorliegt. Die durch M. vertretene Firma war durch den Abschluß des Vertrags zur Lieferung einer Nähmaschine an den nicht in demselben Orte wohnhaften Angeklagten verpflichtet. Erfahrungsmäßig entstehen dem Verkäufer durch die Ablieferung des Kaufgegenstandes Kosten, die nutzlos aufgewendet werden, wenn es zur Erfüllung des Kaufvertrages nicht kommt oder der Kaufpreis nicht eingeht. Ob solche Kosten entstanden sind, ist dem Urteile nicht zu entnehmen. Ließe sich dies und weiter feststellen, daß der Angeklagte das Bewußtsein von dem Eintritt eines Vermögensschadens in der bezeichneten Richtung hatte und daß er seine Tat auch für diesen Fall wollte, so würden rechtliche Bedenken gegen die Annahme eines Betrugs nicht bestehen. (Urt. d. V. StS. v. 7. Juni 1907, 5 D 189/07).

1043 — — — e —

III.

Nachträgliche Berichtigung des Protokolls. Nach dem Protokoll über die Hauptverhandlung hat der Angeklagte einen Beweisantrag gestellt, der vom Gerichte nicht beschieden worden ist. Für das Recht des Angeklagten, diese Gesetzesverletzung (§ 243 Abs. 2 StPO.) zu rügen, können die vom Vorsitzenden und Gerichtsschreiber nach dem Abschlusse des Protokolls zu den Akten gebrachten Erklärungen, wonach der Angeklagte auf die Vernehmung der benannten Zeugen verzichtet hat, nicht in Betracht kommen. Wie das Reichsgericht wiederholt ausgesprochen hat, darf durch nachträgliche berichtigende und ergänzende Erklärungen zum Protokolle das durch die Revisionsbegründung erworbene Recht des Angeklagten, einen Mangel des Hauptverfahrens zu rügen, nicht verkümmert werden (Entsch. Bd. 21 S. 323, Bd. 24 S. 214, Bd. 28 S. 247). Hier sind nun zwar die Erklärungen des Vorsitzenden und des Gerichtsschreibers vor Eingang der Revisionsbegründung zu den Akten gebracht worden. Der Verteidiger hatte aber schon mit der Revisionsbegründung einen Antrag auf Berichtigung des Protokolls eingereicht, aus dem genügend klar hervorging, in welcher Richtung sich die Angriffe der Revision bewegen würden. Dieser Antrag hatte die erwähnten Erklärungen des Vorsitzenden und des Gerichtsschreibers zur Folge. Unter diesen Umständen muß diesen Erklärungen die Berücksichtigung versagt werden. Denn der Grundsatz, daß ein einmal begründetes prozessuales Recht dem Angeklagten nicht durch spätere Erklärungen, welche der erhobenen Rüge die bisherige Grundlage entziehen würden, verkümmert werden darf, muß nicht nur Platz greifen, wenn die Berichtigung nach Eingang der Revisionsanträge erfolgt, sondern auch dann, wenn sie zu einer Zeit erfolgt, in der das Gericht aus einem für dasselbe bestimmten anderweiten Schriftsatze von der Richtung der Revisionsbeschwerde bereits Kenntnis erlangt hatte (vgl. GoltdArch. Bd. 51 S. 402). (Urt. d. V StS. v. 20. September 1907, 5 D 328/07).

1057. — — — e —

IV.

Verjährung der Strafverfolgung. Zeit der Tat. Der Angeklagte ist auf Grund des § 184 Nr. 3 StGB., § 20 Abs. 1 des Preßgesetzes verurteilt, weil er im Jahre 1906 einen zum unzüchtigen Gebrauch bestimmten Gegenstand durch Druckschriften dem Publikum angekündigt hat. Es war daher zu prüfen, ob die Verjährungsfrist des § 22 des Preßgesetzes in Frage kommt. Diese Prüfung hat der Erstrichter nicht vorgenommen. Seine Feststellung, der Angeklagte habe im Jahre 1906 die öffentliche Anzeige erlassen, ist zu unbestimmt, um dadurch die Möglichkeit des Ablaufs der Verjährungsfrist für widerlegt erachten zu können. Es ist nicht festgestellt, wann die letzte Veröffentlichung der Anzeige geschehen ist, und es bleibt mithin unsicher, ob nicht vom Zeitpunkte der letzten Anzeige bis zu der ersten richterlichen Handlung, die zur Unterbrechung der Verjährung führte — 4. Februar 1907 —, die sechsmonatige Frist bereits abgelaufen war. Hiernach war das Urteil aufzuheben. (Urt. d. V. StS. v. 12. Juli 1907, 5 D 422/07).

1062. — — — e —

Oberstes Landesgericht.

Zivilsachen.

I.

Notwendiger Inhalt der Sterbeurkunden. Wirksamkeit der Ausführungsvorschriften zum Personenstandsgesetz (§ 59 Ziff. 2, § 83). Das Bezirksamt R. hat bei dem Amtsgerichte R. den Antrag gestellt, die Berichtigung mehrerer Sterbeurkunden des Standesamts F. anzuordnen, weil in ihnen als Ort der Todesfälle nur F. eingetragen worden ist, ohne nähere Bezeichnung des Hauses oder der Wohnung, wo der Todesfall eingetreten ist. Das Amtsgericht hat die beantragten Anordnungen abgelehnt, weil § 59 Nr. 2 ebenso wie § 22 Nr. 2 des PStG. die nähere Bezeichnung des Ortes des Sterbefalles oder der Geburt durch Beifügung des Bezirks, der Straße, Hausnummer, Wohnung usw. nur in größeren Ortschaften erfordere oder dann, wenn ohne diesen Zusatz sich Zweifel bezüglich der örtlichen Zuständigkeit des Standesbeamten oder der Identität der in der Urkunde erwähnten Personen ergeben könnten, ferner die Formulare der Ausführungsvorschriften nur Muster für die Eintragung, nicht aber bindende Vorschriften enthielten und weil endlich die Beurkundungen auf Grund der Anzeigen des Familienhauptes erfolgt seien, also auch nach den Ausführungsbestimmungen die Angabe der Sterbewohnung nicht nötig sei. Die Beschwerde des Bezirksamts R. wurde zurückgewiesen und zwar aus den Gründen, die für das Amtsgericht maßgebend waren und mit dem Hinweis darauf, daß F. nur 668 Einwohner hat und in den sämtlichen Fällen die Verstorbenen Angehörige der Anzeigenden gewesen seien, deren Namen in jeder Urkunde die

genaue Bezeichnung ihrer Wohnung beigefügt sei. Auf weitere Beschwerde des Bezirksamts hat das ObLG. die Entscheidungen der Vorinstanzen aufgehoben und angeordnet, daß die Sterbeurkunden durch Beifügung der Bezeichnung der Wohnungen zu berichtigen seien, in denen die Todesfälle erfolgten.

Gründe: Die Gründe der landgerichtlichen Entscheidung treffen insofern nicht zu, als in keiner der Sterbeurkunden eine Feststellung enthalten ist, aus der mit Notwendigkeit zu schließen wäre, daß mit der Angabe der Wohnung des Anzeigenden zum Ausdruck gebracht werden sollte, daß die Sterbefälle auch dort eingetreten seien; von selbst versteht sich das nicht. Anderseits ergibt sich aus einer Vergleichung der der Bundesratsverordnung vom 22. Juni 1875 beigefügten Muster mit jenen, die der nunmehr geltenden Bekanntmachung vom 25. März 1899 (RGBl. S. 225) beigegeben sind, daß seit dem 1. Januar 1900 in die Sterbeurkunden außer der Angabe des Namens, der Stadt usw. auch die genauere Bezeichnung der Oertlichkeit aufzunehmen ist, wo der Todesfall erfolgt ist, hier also die Angabe, daß der Todesfall in der Wohnung des Anzeigenden eingetreten sei (vgl. RGBl. 1899 S. 249, 250, 252). Mit Unrecht ist das Amtsgericht davon ausgegangen, daß die den Ausführungsvorschriften beigegebenen Muster nicht bindender Natur seien. In § 20 der Bek. vom 25. März 1899 ist ebenso wie in § 7 der VO. vom 22. Juni 1875 ausgesprochen, daß die Muster mitgeteilt werden, „um den Standesbeamten eine nähere Anweisung für die richtige Benutzung des Vordrucks in den Formularen an die Hand zu geben". Damit ist ausgesprochen, daß der Bundesrat nur dann die Personenstandsurkunden als allen Anforderungen entsprechend erachtet, wenn sie die in dem Muster enthaltenen Angaben aufweisen. Diese Vorschriften des Bundesrats sind aber bindend, weil durch § 83 PStG. der Bundesrat ermächtigt ist, die zur Ausführung des Gesetzes erforderlichen Bestimmungen zu treffen. Soweit solche Anordnungen mit den Vorschriften des Gesetzes vereinbar sind, sind sie deshalb auch von derselben Bedeutung, als wenn sie im Gesetze selbst enthalten wären. Die Einträge in die Muster der Sterbeurkunden enthalten nun lediglich eine nähere Umschreibung des Begriffes „Ort des erfolgten Todes" im Sinne von § 59 Nr. 2 PStG. und insofern eine zweifellos zulässige Bestimmung zur Ergänzung und Ausführung des Gesetzes. Die Nichtbeachtung dieser Vorschrift war daher Verletzung einer Rechtsnorm. (Beschl. des FZS. v. 31. Juli 1907, III 52/07).

1066 W.

II.

Anfechtbarkeit der von einem örtlich unzuständigen Richter in Angelegenheiten der freiw. Gerichtsbarkeit getroffenen Verfügungen (FGG. § 7). Das Amtsgericht W. hat als Vormundschaftsgericht auf eine Anzeige, daß der Metzger Eduard M. von H., nun in E., seine Vaterpflichten hinsichtlich der Sorge für Person und Vermögen seines Kindes gröblich vernachlässige, Ermittelungen veranstaltet und sodann dem Eduard M. die „elterliche Gewalt über sein Kind einschließlich der Nutznießung an dessen Vermögen" entzogen. Es begründet seine Zuständigkeit damit, daß der Vater keinen festen Wohnsitz habe und das Kind bei seinem Oheim Johann Sch. in W. untergebracht sei. Eduard M. ließ Beschwerde einlegen. Es wurde die Zuständigkeit des Amtsgerichts W. aus dem Grunde bestritten, weil Eduard M. festen Wohnsitz in E. habe. Das Landgericht hat die Beschwerde des Eduard M. zurückgewiesen, aber das Amtsgericht W. für unzuständig erklärt, weiter tätig zu werden, und es angewiesen, die Abgabe der Angelegenheit an das Amtsgericht E. einzuleiten. Es stellte fest, daß Eduard M. in E. seinen Wohnsitz habe, dem Amtsgerichte W. daher die örtliche Zuständigkeit gefehlt habe, nahm aber an, dieser Umstand stehe der Wirksamkeit der Verfügung nicht entgegen. Auf weitere Beschwerde des Eduard M. hat das Oberste Landesgericht die Entscheidungen der Vorinstanzen aufgehoben.

Aus den Gründen: Nach den einwandfreien Feststellungen des Beschwerdegerichts hat dem Amtsgerichte W. die örtliche Zuständigkeit gefehlt. Wäre die im § 7 FGG. enthaltene Vorschrift nicht getroffen, so könnte es zweifelhaft sein, ob ein örtlich unzuständiges Gericht als das Gericht, dem die Angelegenheit übertragen ist, in den Fällen des § 1666 BGB. als „das Vormundschaftsgericht" im Sinne dieser Vorschrift gelten könne oder ob seine Verfügung als die Verfügung eines anderen Gerichts von vorneherein unwirksam sei. Der § 7 beugt diesem Zweifel vor, indem er bestimmt, daß gerichtliche Handlungen nicht aus dem Grunde unwirksam sind, weil sie von einem örtlich unzuständigen Gerichte vorgenommen sind. Verfügungen eines örtlich unzuständigen Gerichts haben zunächst dieselbe Wirkung wie die des örtlich zuständigen Gerichts, sie sind insbesondere unter denselben Voraussetzungen wie diese der Rechtskraft fähig. Daraus, daß die Verfügung eines örtlich unzuständigen Gerichts nicht von vorneherein unwirksam ist, folgt aber nicht, daß sie nicht aus dem Grunde der örtlichen Unzuständigkeit mit Beschwerde angefochten werden kann, daß der Beteiligte kein Recht darauf hat, daß nur das örtlich zuständige Gericht über die in sein Recht eingreifende Maßregel entscheide. Der Wortlaut des § 7 bietet für eine solche Beschränkung keinen Anhalt und aus der Entstehungsgeschichte des Gesetzes ergibt sich, daß sie nicht beabsichtigt worden ist. Sowohl in der Begründung des Entwurfes als in den Beratungen der Reichstagskommission wurde das Recht, im Wege der Beschwerde Abhilfe gegen das Eingreifen eines unzuständigen Gerichts oder eines von der Ausübung des Richteramts ausgeschlossenen Richters zu suchen, ausdrücklich anerkannt. Damit stimmt der § 27 Satz 2 FGG. insofern überein, als er die Vorschriften des § 551 ZPO. ihrem vollen Inhalte nach entsprechend anwendbar erklärt, von der Nr. 4 des § 551 also für den Fall der örtlichen Unzuständigkeit des Gerichts ebensowenig wie von der Nr. 2 eine Ausnahme macht.

Mit Unrecht beruft sich das Beschwerdegericht auf die Beschränkung, der in Grundbuchsachen das Beschwerderecht gegenüber einer Eintragung unterworfen ist, die von einem von der Mitwirkung bei der Eintragung kraft Gesetzes ausgeschlossenen Grundbuchbeamten bewirkt ist. Es übersieht, daß nach dem § 71 Abs. 2 GBO. im Wege der Beschwerde gegen eine Eintragung nur verlangt werden kann, daß das Grundbuchamt angewiesen wird, gegen eine Eintragung, durch die das Grundbuch unrichtig geworden ist, einen Widerspruch einzutragen oder eine ihrem Inhalte nach unzulässige Eintragung zu löschen. Eine ihrem Inhalte nach zulässige und richtige Eintragung kann nicht deswegen angefochten werden, weil sie unter Verletzung gesetzlicher Vorschriften erfolgt ist (Neue Samml. Bd. 4 Nr. 9 S. 45). Die Eintragung, die ein von der Mitwirkung bei der Eintragung ausgeschlossener Grundbuchbeamter bewirkt hat, ist nach dem § 10 GBO. nicht aus diesem Grunde unwirksam und kann deshalb wie jede unter Verletzung des Gesetzes erfolgte Eintragung nur nach Maßgabe des § 71 Abs. 2 GBO. angefochten werden. Das FGG. hat das Beschwerderecht für gewisse Fälle durch Sondervorschriften beschränkt (vgl. § 96 Satz 2, § 122, § 139 Abs. 2, § 157 Abs. 2), seinen allgemeinen Vorschriften über die Beschwerde ist aber eine dem § 71 Abs. 2 GBO. entsprechende Beschränkung des Beschwerderechts fremd, es hat dem Mißstande, den das Beschwerdegericht mit der unbeschränkten Statt-

haftigkeit der Beschwerde verbunden glaubt, soweit es für erforderlich erachtet wurde, durch die im § 32 bestimmte Beschränkung der Wirkung der aufhebenden Entscheidung vorgebeugt. (Beschl. des I. ZS. vom 18. September 1907, Reg. III 65/07).

1065 W.

III.

Für die Berechnung der Unfallfürsorge-Pension der nichtpragmatischen Beamten ist die Zeit der Pensionierung, nicht die Zeit des Unfalls maßgebend (VO. vom 13. November 1902, die Unfallfürsorge für die nichtpragmatischen Beamten usw. betr., §§ 4, 7; VO. v. 5. Januar 1906 Ziff. 2). In dem Rechtsstreite des Lokomotivführers A. gegen den Eisenbahnfiskus war die Frage streitig, ob die Fahrdiäten des im Juli 1906 im Dienste verunglückten und ab 1. November 1906 pensionierten Lokomotivführers A. im vollen Betrag oder nur mit dem dritten Teile pensionsfähig seien. Mit dem Finanzgesetz vom 20. August 1906 war die im Gegensatze zur Entscheidung des Obersten Landesgerichts vom 17. Oktober 1903 (Neue Samml. Bd. 4 S. 707) im Eisenbahnetat für 1906/07 zu Kap. 3 §§ 1, 3 der Ausgaben getroffene Bestimmung in Kraft getreten, daß bei der Festsetzung der nach den Unfallfürsorgevorschriften zu gewährenden Bezüge des Fahrdienstpersonals von den Fahrgeldern nach einem 3jährigen Durchschnitte nicht mehr der volle Betrag, sondern nur der dritte Teil in das Diensteinkommen einzurechnen ist. Die Entscheidung hing deshalb von der Frage ab, ob für die Berechnung der Pension der Zeitpunkt des Unfalls oder der Pensionierung maßgebend ist. Das Landgericht M. nahm die Maßgeblichkeit des letzteren Zeitpunkts an und wies die Klage ab. A. legte Berufung ein und suchte um das Armenrecht nach. Das Oberlandesgericht M. verweigerte wegen Aussichtslosigkeit der Berufung das Armenrecht. Die Beschwerde ist vom Obersten Landesgerichte unter nachstehender Begründung zurückgewiesen worden. Die in der Beschwerdeschrift vertretene Ansicht, daß für den Anspruch eines nichtpragmatischen Beamten oder Bediensteten auf die als Unfallfürsorge zu gewährende Pension nicht die zur Zeit der Pensionierung sondern die zur Zeit des Unfalls geltenden Vorschriften maßgebend seien, ist nicht richtig. Wie auch die Beschwerdeschrift anerkennt, begründet nach § 8 Abs. 1, 3 der Allh. VO. vom 26. Juni 1894, die Dienstverhältnisse der nichtpragmatischen Staatsbeamten und Staatsbediensteten betr. (GVBl. S. 321), das trotz des Eintritts dauernder Dienstunfähigkeit bis zur Auflösung durch Pensionierung fortbestehende Dienstverhältnis den Anspruch auf Gehalt und Gehaltszulage, deren Bezug nach § 20 Abs. 4 der VO. erst mit dem Ablaufe des Monats endigt, in dem das Dienstverhältnis gelöst wird. Nach § 21 Abs. 2 der VO. werden Gehalt und Gehaltszulage auch im Falle der Erkrankung, gleichviel ob sie nur vorübergehende oder dauernde Dienstunfähigkeit bewirkt, auf die Dauer von 13 Wochen gewährt, sofern nicht früher Pensionierung eintritt, und nach § 11 und § 12 Abs. 1, 3 der VO. schließt die eingetretene Dienstunfähigkeit bei Fortbestehen des Dienstverhältnisses auch die Vorrückung in den Gehalt einer höheren Altersklasse nicht aus. Im Anschlusse hieran ist im § 7 Abs. 1 der Allh. VO. vom 13. Nov. 1902, die Unfallfürsorge für die nichtpragmatischen Staatsbeamten und Staatsbediensteten betr. (GVBl. S. 701), bestimmt, daß die Pension mit dem Wegfalle des Diensteinkommens beginnt; nach dem § 4 VO. wird der Festsetzung der als Unfallfürsorge zu gewährenden Pension das gesamte zuletzt bezogene dienstliche Einkommen zugrunde gelegt und nach der Ziff. 2 der Allh. VO. gleichen Betreffs vom 5. Januar 1906 (GVBl. S. 7) werden dabei Einkommensbestandteile, die ihrer Natur nach steigend oder fallend sind, in Ermangelung der dort bezeichneten Festsetzungen nach dem durchschnittlichen Betrage der letzten drei Kalenderjahre vor dem Jahre, in dem die Pension festgesetzt wird, angerechnet. Aus diesen Bestimmungen geht klar hervor, daß der Anspruch auf die Pension nicht mit dem Eintritte der dauernden Dienstunfähigkeit, sondern erst mit der Auflösung des Dienstverhältnisses an die Stelle des Anspruchs auf Diensteinkommen tritt. Die Berufung der Beschwerdeschrift auf die Fassung des § 1 Abs. 1, 2 und auf den § 9 der VO vom 13. Nov. 1902 geht fehl; im Abs. 1 des § 1 ist die Entlassung aus dem Staatsdienste nur deswegen nicht wie im Abs. 2 ausdrücklich erwähnt, weil es sich von selbst versteht, daß dauernde Dienstunfähigkeit zur Entlassung (Pensionierung) führt, während bei nicht dauernder Dienstunfähigkeit es nicht notwendig zur Entlassung kommt. Die Bestimmung des § 9, daß Ansprüche auf die als Unfallfürsorge zu gewährende Pension „bei Meidung des Ausschlusses" vor dem Ablaufe von zwei Jahren nach dem Eintritte des Unfalls anzumelden sind, bietet keinen Anhalt für die Annahme, daß die Pension vom Eintritte des Unfalls an zu gewähren sei, weil mit der Unterlassung der vorgeschriebenen Anmeldung sehr wohl der Ausschluß der Entstehung des Pensionsanspruchs verbunden sein kann. (Beschl. d. I. ZS. vom 11. Oktober 1907, Reg. II 76/1907).

1070 W.

Oberlandesgericht Bamberg.

Entschädigung wegen Verletzung der Geschlechtsehre einer Braut. Verlöbnis vor oder nach dem 1. Januar 1900; Geschlechtsverkehr vor dem Verlöbnisse (§ 1300 BGB.). Die Klage stützt sich auf § 1300 BGB., wonach eine unbescholtene Verlobte eine billige Entschädigung in Geld verlangen kann, wenn sie ihrem Verlobten die Beiwohnung gestattet hat und er vom Verlöbnis ohne wichtigen Grund zurückgetreten ist. Zur Begründung der Klage ist erforderlich ein wirksamer Verlöbnisvertrag, der Rücktritt des Bräutigams ohne wichtigen Grund, die Gestattung der Beiwohnung während des Verlöbnisses, Unbescholtenheit der Braut und Schädigung infolge Auflösung des Verlöbnisses. Es ist unbestritten, daß zwischen den Streitsteilen vor und nach dem 1. Januar 1900 Geschlechtsverkehr stattgefunden hat und es wendet der Beklagte in dieser Hinsicht ein, daß der Anspruch aus § 1300 auf die vor dem 1. Januar 1900 erfolgten Beiwohnungen nicht gestützt werden könne. Dies ist zutreffend; denn für diese Zeit, in welcher das BGB. noch nicht in Kraft getreten war, konnte nur der nach früherem Rechte zulässige Deflorationsanspruch erhoben werden. Dem BGB. ist ein solcher Anspruch fremd. Er wird auch von der Klägerin nicht geltend gemacht. Deshalb bleibt der außereheliche Geschlechtsumgang der Streitsteile vor dem 1. Januar 1900 außer Betracht; dagegen würde eine vor dem Inkrafttreten des BGB. erfolgte Verlobung auch für die Zeit nach dem 1. Januar 1900 von Bedeutung sein. Denn es ist nur ein gültiges Verlöbnis erforderlich: nach welchem Rechte es zustande kam, ist gleichgültig. Ein wirksames Verlöbnis wurde aber von den Parteien vor dem 1. Januar 1900 nicht geschlossen. Es ist nur von einer in W. 1898 oder 1899 erfolgten Verlobung die Rede. Nach dem maßgebenden Würzburger Landrechte wird zu einem gesetzlichen Eheversprechen volljähriger Kontrahenten erfordert, daß es vormittags vor zwei ehrlichen Männern als Zeugen und vor einem von der Braut zu wählenden Beistande eingegangen wird (VO. vom 20. Dezember 1799; Schelhaß, Würzb. LR. S. 28). Daß diese Förmlichkeiten beobachtet worden seien,

wird von der Klägerin nicht behauptet. Da also keine nach früherem Recht gültige Verlobung vorliegt, so kann nur ein nach dem 31. Dezember 1899 gegebenes Eheversprechen in Betracht kommen.

Verlöbnis im Sinne des BGB. ist ein Vertrag, in dem sich zwei Personen verschiedenen Geschlechts gegenseitig die Ehe versprechen. Der Vertrag ist nach den allgemeinen Vorschriften über Rechtsgeschäfte zu beurteilen; er erfordert keine Form; es genügt die Einigung der Beteiligten. Bei Anwendung des § 1300 ist erforderlich, daß die Verlobung der Gestattung der Beiwohnung vorausgegangen ist. Dies ergibt sich sowohl aus dem Wortlaut des Gesetzes: „hat eine unbescholtene Verlobte die Beiwohnung gestattet, so . . .", als auch aus ihrem Zwecke, der Verlobten eine Entschädigung zu gewähren, wenn sie durch das nahe Verhältnis des bereits bestehenden Verlöbnisses zur Hingabe ihrer Geschlechtsehre an ihren eigenen Verlobten bewogen wurde. Die Beiwohnung muß also während des Verlöbnisses geschehen sein. Es ist aber nicht erforderlich, daß das Verlöbnis bereits vor dem ersten Beischlafe geschlossen war, sondern nur, daß die unbescholtene Braut, wenn sie auch schon vor dem Verlöbnis mit ihrem Verlobten geschlechtlich verkehrt hatte, ihm auch noch nachher die Beiwohnung gestattet hatte. Der vor dem Verlöbnis zwischen den Verlobten gepflogene Geschlechtsverkehr darf der Braut vom Bräutigam nicht zum Vorwurf gemacht werden. Es ist allgemein anerkannt, daß der Bräutigam arglistig handelt, wenn er Bescholtenheit der Braut geltend macht, weil sie sich mit ihm selbst und mit ihm allein vor dem Verlöbnis geschlechtlich eingelassen hat; denn der Bräutigam würde sich aus seinem eigenen unsittlichen Handeln Vorteil verschaffen, was der Absicht des § 1300 widersprechen würde, der doch gerade der verlassenen Braut eine Entschädigung dafür zugestehen will, daß sie durch die in Erwartung einer demnächstigen Eheschließung gestattete Beiwohnung einen Makel erlitten hat und so ihre Aussichten auf Versorgung zerstört oder doch gemindert sind.[1] Das Gesetz verlangt nur, daß die unbescholtene Verlobte ihrem Verlobten die Beiwohnung gestattet hat, deutet aber nicht an, daß diese Beiwohnung die erste unter den Verlobten gewesen sein müsse. Nur unbescholten muß die Verlobte zur Zeit dieser Beiwohnung gewesen sein, nicht jungfräulich. Durch ihren Verkehr mit ihrem Bräutigam wird die Braut nicht bescholten. Jungfräulichkeit ist nicht gleichbedeutend mit Unbescholtenheit; erstere bildet keine Voraussetzung des § 1300; es kann daher der Anspruch hieraus auch von einer Witwe oder geschiedenen Frau erhoben werden. Er kann also auch einem verlobten Mädchen nicht verweigert werden, das vor dem Verlöbnis sich nur dem späteren Verlobten hingegeben hatte.

Auch der Einwand des Beklagten geht fehl, daß die Klägerin schon vor dem Verlöbnisse geschlechtlichen Umgang mit ihm gepflogen habe und von ihm geschwängert worden sei, so daß kein Grund dafür spreche, daß sie nach der Verlobung den Geschlechtsverkehr nur im Vertrauen auf die künftige Eheschließung fortgesetzt habe. Denn es ist die Annahme gerechtfertigt, daß die durch die Folgen des früheren Verkehrs gewarnte Klägerin ohne das Verlöbnis weiteren geschlechtlichen Verkehr nicht mehr gestattet haben würde, also nur durch die infolge des Verlöbnisses bald zu erwartende Eheschließung hierzu bewogen wurde; ferner ist es ohne Belang, ob die Braut sich nach dem Verlöbnis dem Bräutigam im Hinblick auf die erhoffte Eheschließung oder nur in Fortsetzung des bereits vor dem Verlöbnis begonnenen Geschlechtsverkehrs hingegeben hat; denn der Anspruch aus § 1300 hat nur die Tatsache zur Voraussetzung, daß die unbescholtene Braut ihrem Verlobten die Beiwohnung gestattet hat (RG. in JW. 1906 S. 425). (Urt. des I. ZS. vom 2. März 1907.)

956 Mitgeteilt von Oberlandesgerichtsrat Schäfer in Bamberg.

[1] Vgl. hierzu die Entscheidung des OLG. München auf S. 178 dieses Jahrgangs der Zeitschrift.

Oberlandesgericht Nürnberg.

Kann im Ehescheidungsprozesse die Widerklage in der Berufungsinstanz nachgeholt werden, um Eheverbot nach § 1312 BGB. zu erreichen? Die Ehe der Streitsteile wurde auf Klage des Mannes wegen Ehebruchs der Frau geschieden und, da auch der Mann Ehebruch begangen hatte, wurden beide Teile für schuldig an der Scheidung erklärt. Die Beklagte legte Berufung ein und stellte nun Widerklage mit dem Antrage, die Ehe auch wegen Ehebruchs ihres Mannes zu scheiden. Widerklage und Berufung wurden als unzulässig verworfen.

Aus den Gründen: Der Ausspruch des Erstrichters über die Scheidung der Ehe ist überhaupt nicht angegriffen; die Berufungsführerin fühlt sich auch nicht dadurch beschwert, daß die Schuld an der Scheidung ihr und ihrem Manne gleichmäßig zugemessen wurde, im Gegenteil: es entspricht dieser Ausspruch gerade ihrem Antrag. Widerklage stellte sie in erster Instanz nicht, das Landgericht war daher außerstande, auch den Ehebruch des Klägers als Grund der Scheidung zu benutzen. Die Beklagte hat sonach in erster Instanz alles erreicht, was sie damals wollte, und hat keinen Grund zur Beschwerde. Weiter aber kommt noch in Betracht, daß sie mit der schon ausgesprochenen Scheidung der Ehe einverstanden ist, und daß deshalb gemäß § 525 ZPO. auch das Berufungsgericht sich nicht weiter mit der Scheidungsfrage zu befassen hat. Wenn auch infolge der Berufung der Eintritt der Rechtskraft des ganzen erstrichterlichen Urteils gehemmt ist, so hat das Berufungsgericht doch mit dem Scheidungsausspruch als mit einer mangels Anfechtung von ihm nicht anzugreifenden festen Tatsache zu rechnen, die Ehe gilt für das Berufungsgericht als geschieden und eine bereits geschiedene Ehe kann nicht nochmals geschieden werden. Die Beklagte ist daher auch aus diesem Grunde mit einer Widerklage ausgeschlossen. (RG. in ZS. Bd. 45 S. 321, Bd. 58 S. 311, Bd. 64 S. 315). Aber noch ein dritter Grund macht die Berufung unzulässig. Ihr ausgesprochener Zweck ist, gegen den Kläger das Eheverbot im Sinne des § 1312 BGB. zu erwirken. Allein, da das Eheverbot der genannten Gesetzesstelle lediglich im öffentlichen Interesse erlassen ist, so fehlt dem wegen Ehebruchs auf Scheidung klagenden Ehegatten ein eigenes im Prozesse verfolgbares Recht, dem schuldigen Teile aus § 1312 BGB. die Wiederverheiratung unmöglich zu machen (RG. in ZS. Bd. 55 S. 246). (Urt. v. 23. September 1907). H.

1071.

Literatur.

von der Pfordten, Landgerichtsrat im Kgl. bayer. Justizministerium. Der dienstliche Verkehr auf der Grundlage der Bekanntmachung der Zivil-Staatsministerien vom 28. April 1901 unter besonderer Berücksichtigung des Dienstes bei den Justizbehörden. München 1907, J. Schweitzer Verlag (Arthur Sellier). Kart. Mk. 1.50.

Anknüpfend an die Bek. vom 28. April 1901, die Vereinfachung des dienstlichen Verkehrs betr., bespricht der Verfasser in einer Einleitung und in Anmerkungen zu den einzelnen Paragraphen der Bekanntmachung

den schriftlichen Amtsverkehr bei den Behörden. Er will den jungen Rechtspraktikanten, die gerade hier mit besonderen Schwierigkeiten zu kämpfen haben, einen Leitfaden zur Erlangung der erforderlichen Gewandtheit bieten. Rücksichtslos bekämpft er allen Formelkram und zieht kraftvoll gegen das „papierene Juristendeutsch" zu Felde. Dabei weist er nicht nur auf die Fehler hin, sondern zeigt in vielen Beispielen, wie sie zu vermeiden sind. Das Büchlein ist daher auch für Praktiker von Wert und Bedeutung; sein Studium kann jedem, der mit schriftlichen Arbeiten bei Behörden zu tun hat, angelegentlichst empfohlen werden. Dank der humoristisch gefärbten Schreibweise und der scherzhaften Abfertigung der „Zopfträger, Papier- und Tintenmenschen" ist das Schriftchen nicht nur belehrend, sondern auch kurzweilig und unterhaltend zu lesen. — — rr.

Brettreich, Fr. von, Kgl. Staatsminister. Das Gesetz betr. die Abmarkung der Grundstücke vom 30. Juni 1900 mit Erläuterungen und den Vollzugsvorschriften. In 2. Auflage bearbeitet von **Dr. C. Frh. v. Scheurl,** Bezirksamtsassessor in Neustadt a. A. München 1907, C. H. Becksche Verlagsbuchhandlung (Oskar Beck). Gebd. Mk. 2.50.

In den Vorschriften über die Abmarkung der Grundstücke greifen öffentliches Recht und bürgerliches Recht in eigenartiger Weise in einander ein. Solche Vorschriften zu erläutern, ist deshalb immer eine schwere, aber auch eine dankbare Aufgabe. Sie war schon in der ersten Auflage des Abmarkungsgesetzes in glücklicher Weise gelöst und der Bearbeiter der zweiten Auflage hat es verstanden, die Brauchbarkeit des Buches durch Ergänzung der Anmerkungen und des Anhanges noch zu erhöhen. Der Zusammenhang des Gesetzes mit dem BGB. und seinen Nebengesetzen ist überall deutlich dargelegt. von der Pfordten.

Notizen.

Die neuen oberpolizeilichen Vorschriften über den Radfahrverkehr. Seitdem das Kraftfahrzeug die erste Rolle im Straßenverkehr spielt, hat das einfache Fahrrad bedeutend an der ihm früher nachgesagten Gefährlichkeit eingebüßt. Gleichwohl hat es sich als notwendig herausgestellt, die bestehenden Vorschriften über den Radfahrverkehr einer Durchsicht und insbesondere einer einheitlichen Regelung für das Gebiet des ganzen Deutschen Reichs zu unterstellen. Wie seinerzeit die oberpolizeilichen Vorschriften über den Verkehr mit Kraftfahrzeugen, so sind auch die neuen oberpolizeilichen Vorschriften über den Radfahrverkehr vom 29. September 1907 (GVBl. S. 731 ff.), durch die die bisherigen Vorschriften vom 1. Januar 1898 aufgehoben wurden, einer Vereinbarung zwischen den Bundesregierungen entsprungen. Die neuen Vorschriften bringen ja nicht sehr viel Neuerungen, aber sie zeichnen sich hauptsächlich dadurch aus, daß sie auch die aufrechterhaltenen Bestimmungen in einer klaren, jeden Zweifel ausschließenden Form wiedergeben. Das Erfordernis der Radfahrkarte, die nunmehr einheitlich nach einem beigegebenen Muster auszustellen ist, und im Gegensatz zu der bisherigen, auf das Königreich Bayern beschränkten Karte auch für das ganze Reichsgebiet gilt, ist beibehalten worden; für Personen unter 14 Jahren erfolgt die Ausstellung nur auf Antrag des Gewalthabers; die übrigen Personalbeschränkungen sind weggefallen; Radfahrer, die ihren gewöhnlichen Aufenthalt außerhalb des Deutschen Reiches haben, haben einen anderweiten genügenden Ausweis über ihre Person bei sich zu führen. Militärpersonen in Uniform, dann Reichs-, Staats- und Gemeindebeamte, die Amtskleidung oder Amtszeichen tragen, bedürfen, soferne sie das Fahrrad zu dienstlichen Zwecken benützen, keiner Radfahrkarte. Die Fahrgeschwindigkeit ist nunmehr in glücklicher, die strafrechtliche Würdigung erleichternder Form bestimmt: sie ist jederzeit so einzurichten, daß Unfälle und Verkehrsstörungen vermieden werden. In bestimmten Fällen, sowie immer beim Bergabfahren ist es verboten, beide Hände gleichzeitig von der Lenkstange und die Füße von den Pedalen zu nehmen. Neu ist die Vorschrift, daß auch an unübersichtlichen Stellen das Glockenzeichen zu geben ist. Der Gebrauch der Radlaufglocken ist untersagt. Begrüßenswert ist die Vorschrift über das Einbiegen in andere Straßen. Zum Schutze des Radfahrers ist die bisherige Verpflichtung der ihm entgegenkommenden Fuhrwerke usw. zum angemessenen Ausweichen nunmehr dahin festgelegt, daß dem Radfahrer soviel Platz frei zu lassen ist, daß er ohne Gefahr rechts ausweichen kann. Neu ist auch die Bestimmung, daß der Radfahrer, dem die Benützung der Bankette (warum nicht Fußbänke?) gestattet ist, abzusteigen hat, sofern ihm ihr rechtzeitiges Verlassen nicht mehr möglich ist. Zum Schutze der Radfahrwege ist das Reiten, Fahren, Schieben von Handkarren und Handwagen oder Viehtreiben auf ihnen unbedingt verboten; der Fußgängerverkehr auf solchen kann durch polizeiliche Vorschrift untersagt werden. Polizeiliche Vorschriften in bezug auf den Radfahrverkehr (Verbot des Fahrens auf bestimmten Plätzen usw.) sind an den betr. Strecken (also nicht nur am Eingangs- und Ausgangspunkte) anzuschlagen. Weggefallen ist der Nummernzwang, das Verbot des Nebeneinanderfahrens mehrerer Radfahrer, das Verbot des Mitführens von Kindern auf dem Rade, das Verbot des Durchbrechens geschlossener Truppenkörper, Leichen- oder anderer öffentlicher Aufzüge, dann die widerrufliche Erteilung der Radfahrkarte an Geisteskranke und überhaupt die gänzliche oder zeitweilige Entziehung der Karte wegen einer mit dem Radfahren zusammenhängenden strafbaren Handlung. Ortspolizeiliche Vorschriften und polizeiliche Einzelanordnungen sind nur mehr zuläßig in bezug auf das Verbot des Befahrens bestimmter Wege usw. mit Fahrrädern und in bezug auf den Fußgängerverkehr auf Radfahrwegen; zuständig zur Erlassung solcher Vorschriften und Anordnungen sind die Ortspolizeibehörden, in München die Polizeidirektion. Die bereits bestehenden Verbote bleiben in Kraft; dagegen ist die Zuständigkeit der Distriktspolizeibehörden zur Erlassung solcher Vorschriften und überhaupt die Zuständigkeit sämtlicher Polizeibehörden (Kreisregierung, Distrikts- und Ortspolizeibehörden) zur Erlassung weiterer polizeilicher Vorschriften über den Radfahrverkehr aufgehoben; die Folge ist, daß auch alle weiteren polizeilichen Vorschriften mit dem 1. Januar 1908, dem Tage des Inkrafttretens der neuen oberpolizeilichen Vorschriften, außer Wirksamkeit treten. Die neuen Vorschriften sind nach alledem als großzügige, den Verkehrsinteressen in entgegenkommendster Weise Rechnung tragende Bestimmungen zu begrüßen. Auswüchsen und Ausschreitungen des Radfahrwesens wird nach wie vor am besten durch entsprechende Strafen entgegengetreten werden können. — t —

1068

Verantwortl. Herausgeber: Th. von der Pfordten, K. Landgerichtsrat, verw. im Staatsministerium d. Justiz.

Eigentum von J. Schweitzer Verlag (Arthur Sellier) in München.
Druck von Dr Franz Paul Datterer & Cie., G. m. b. H., Freising.

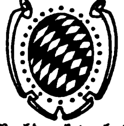


Nr. 23. München, den 1. Dezember 1907. 3. Jahrg.

Zeitschrift für Rechtspflege in Bayern

Herausgegeben von
Th. von der Pfordten
K. Landgerichtsrat, verw. im K. Bayer. Staatsministerium der Justiz.

Verlag von
J. Schweitzer Verlag
(Arthur Sellier)
in München, Lenbachplatz 1.



Die Zeitschrift erscheint am 1. und 15. jeden Monats im Umfange von mindestens 2 Bogen. Preis vierteljährlich Mk. 3.—. Bestellungen übernimmt jede Buchhandlung und Postanstalt (Postzeitungsliste für Bayern Nr. 974a).

Redaktion und Expedition: München, Lenbachplatz 1. Insertionsgebühr 30 Pfg. für die halbgespaltene Petitzeile oder deren Raum. Bei Wiederholungen Rabatt. Stellenanzeigen 20 Pfg. Beilagen nach Uebereinkunft.

Zum § 51 StGB.

Von Landgerichtsrat **Dr. Bittinger** in Traunstein.

Ein Bildhauer schießt auf seine Geliebte. Der Sachverständige erklärt ihn für einen gemeingefährlichen Geisteskranken: so entgeht er der Bestrafung und wird auf Anordnung der Verwaltungsbehörde in einer öffentlichen Irrenanstalt verwahrt. Dort führt er sich so gut, daß ihm große Freiheit eingeräumt wird. Unbemerkt knüpft er ein neues Liebesverhältnis an, entfernt sich eines Tages aus der Anstalt und hält sich verborgen. Da seine Ergreifung nicht alsbald gelingt, läßt die Verwaltungsbehörde seine Wiedereinschaffung bis auf weiteres auf sich beruhen. Der Mann setzt das in der Anstalt begonnene Liebesverhältnis fort. Eines Tages erschießt er die neue Geliebte. Wiederum müssen die Sachverständigen seine Unzurechnungsfähigkeit feststellen.

Enthält dieser vor nicht langer Zeit vorgekommene unglückliche Fall eine ernste Mahnung, bei Anordnungen über den künftigen Verbleib verbrecherischer Geisteskranker die größte Vorsicht walten zu lassen, so lehrt die Erfahrung, daß diese Vorsicht nicht immer geübt wird.

Die Entwicklung der gerichtlichen Psychopathologie zeigt ihre Wirkung in der Praxis unserer Gerichte immer deutlicher. Viel öfter als früher wird die Frage aufgeworfen, ob denn der Angeklagte auch zurechnungsfähig ist. In einem vormals nicht gewöhnlichen Umfang schafft die Untersuchung das Material für die wissenschaftliche Beantwortung der Frage herbei. Häufiger als ehedem wird der Beschuldigte außer Verfolgung gesetzt oder freigesprochen, weil sich das Gericht von seiner Zurechnungsfähigkeit nicht überzeugen kann.

Sehr oft erklärt der Sachverständige, dessen Gutachten die Unzurechnungsfähigkeit des Beschuldigten feststellt und so die Freisprechung herbeiführt, gleichzeitig, daß der Beschuldigte gemeingefährlich und daß deshalb seine dauernde Verwahrung in einer Irrenanstalt nötig ist. Der Geschworene, der in solchem Fall sein Nichtschuldig ausspricht, wird die Empfindung haben, daß der Angeklagte wirklich auf diese Weise für die Zukunft werde unschädlich gemacht werden, und wird so seinen Wahrspruch mit innerer Befriedigung abgeben. Nicht so der Berufsrichter; er weiß, daß möglicherweise der Freigesprochene in kurzer Zeit wieder, wie man sagt, „auf die Menschheit losgelassen“ wird.

Wohl gibt Art. 80 PStGB. der bayer. Verwaltungsbehörde genügende Befugnisse, um gemeingefährliche Geisteskranke unschädlich zu machen. Aber abgesehen von der Ueberfüllung der Irrenanstalten bildet der leidige Kostenpunkt auch hier das Hemmnis. Sehr häufig handelt es sich um Personen, deren Privatvermögen nicht ausreicht, die Auslagen für ihre Verwahrung zu bestreiten. In diesem Falle hat nach Art. 11 des Armengesetzes unglücklicherweise die Heimatgemeinde die Kosten zu tragen. Da ist es kein Wunder, wenn unter Umständen die Beschlußfassung der Verwaltungsbehörde darüber, ob N. N. in eine öffentliche Irrenanstalt einzuschaffen sei, unwillkürlich durch die vorauszusehenden Weiterungen mit einer widerspenstigen Armenpflege beeinflußt wird und das Gutachten des Amtsarztes den Vorzug erhält, wenn dieser, wie es vorkommt, entgegen dem in der Gerichtsverhandlung abgegebenen Gutachten einer psychiatrischen Autorität erklärt, daß er den N. N. nicht für gemeingefährlich halte.

Freilich darf diese Unsicherheit der Zukunft des Freizusprechenden die Tatrichter nicht beeinflussen, es bleibt aber ein übles Ding, daß sie überhaupt den Gedanken daran abweisen müssen, wenn sie das Urteil zu fällen haben.

So zeigt auch diese Beobachtung der Praxis die längst erhobene Forderung als wohlbegründet, daß der Tatrichter über die Einschaffung solcher Geisteskranker entscheiden solle. Wie die Verwahrung im Interesse nicht eines kleinen Kreises, sondern der Gesamtheit erfolgt, so ist es billig, daß nicht die Heimatgemeinde die Kosten trägt, sondern der Staat.

Noch stärker drängt sich gegebenen Falles dem Strafrichter die Vorstellung des wahrschein-

lichen künftigen Laufes der Dinge auf, wenn es sich um eine Freisprechung wegen Unzurechnungsfähigkeit infolge Alkoholgenusses handelt.

Vielleicht hat ein längst als brutal bekannter Mensch noch am Nachmittag vor der Bluttat damit geprahlt, wie gering er ein Menschenleben achte; er hat gezecht und einen andern erstochen. Der Sachverständige erklärt ihn keineswegs für geisteskrank, wohl aber führt er aus, daß die Tat in einem Rauschzustande begangen ist, welcher die Zurechnung ausschließt. Das geltende Gesetz erlaubt keine strafrechtlichen Maßnahmen gegen den Täter; der Richter muß freisprechen und hat dabei das sichere Empfinden, daß der Täter den Freispruch als Freibrief für künftige Gewalthandlungen betrachten werde.

Gegen eine derartige Person, die, wenn nicht morgen, so vielleicht in einem Monat sicher wieder in einen solchen gefährlichen, aber straflos machenden Rauschzustand sich versetzen wird, kann jetzt von Staats wegen nichts geschehen. Die harmlosen Mittel des Art. 55 PStGB. verdienen in diesem Zusammenhang nicht die Erwähnung. Vom Strafrichter anzuordnende Zwangsverschickung wäre die geeignete und nicht zu harte Maßregel gegen Personen, die im selbstverschuldeten unzurechnungsfähig machenden Rausche Handlungen verübt haben, die den objektiven Tatbestand eines Verbrechens erfüllen, und deren Vorleben befürchten läßt, daß bei ihnen auch künftig derartige gefährliche Rauschzustände eintreten werden. Leider kennt unsere Gesetzgebung die Deportation noch nicht; darum sollten wenigstens solche jetzt noch straflosen Handlungen als fahrlässig begangen dann unter Strafe gestellt sein, wenn der Täter an seinem Rauschzustande schuld war. Ein Recht auf Trunkenheit braucht man nicht anzuerkennen.

Skrupel und Zweifel, ob jemandem wegen Geisteskrankheit, wegen Rausches oder dergleichen eine Tat nicht zugerechnet werden dürfe, plagen den Laien im ganzen nicht übermäßig. Hat er an einer Person nicht handgreiflich verkehrte Dinge beobachtet, so pflegt er als Zeuge lächelnd und mit dem besten Gewissen von der Welt zu erklären, „der ihm wohlbekannte Beschuldigte sei geistig so gesund wie er selbst" — während vielleicht der Sachverständige ohne Schwierigkeit alsbald eine hochgradige geistige Abnormität erkennt. Als Richter setzt sich unter Umständen der Laie über das Gutachten des gerichtlichen Psychiaters hinweg und verurteilt: er läßt die Erwägung, ob der Angeklagte gleich einem normalen Menschen wollen konnte, zurücktreten gegenüber der Forderung der Gemeinschaft, Rechtsverletzungen zu bestrafen; er beruhigt sich mit dem Gedanken, daß der Angeklagte, wenn vielleicht auch geistig nicht ganz normal, doch nicht in solchem Maße vom Geisteszustande seiner Mitmenschen abweichen werde, um kein geeignetes Objekt des Strafvollzuges mehr zu sein.

Wer mag sagen, ob auf diese Weise der Laie dem einzelnen Falle nicht besser gerecht geworden ist als der Sachverständige? Die gerichtliche Psychopathologie ist in voller Entwicklung begriffen, Autoritäten stehen einander gegenüber, der Gefahr der Einseitigkeit sind die Vertreter dieser Wissenschaft ausgesetzt wie andere.

Schlimmer daran als der Geschworene ist der Berufsrichter. Er ist sich bewußt, daß er nicht der Nachbeter des Gutachters sein soll, sondern daß er es zu benützen hat, sich eine eigene Ueberzeugung zu bilden. Wie unendlich schwer ist diese Aufgabe! Für den gewissenhaftesten am schwersten. Der Richter ist ihr regelmäßig nicht gewachsen, weil ihm die nötige Vorbildung fehlt. In einer Menge von Fällen muß er sich mit dem in dubio pro reo salvieren, weil er bei dem Widerstreite zwischen der Autorität des Psychiaters und seinen eigenen Erwägungen ein abschließendes Urteil nicht finden kann. Wie oft mag es insbesondere vorkommen, daß der Richter seine Bedenken durch die Erklärung des Sachverständigen nicht zu beruhigen vermag, weil er mangels eigener Kenntnisse nicht imstande war, dem Gedankengange des Sachverständigen sich genügend anzupassen und ihm seine Einwände in dessen eigener Sprache vorzutragen, während umgekehrt der Sachverständige, beherrscht von seiner Auffassung, nicht auf das eingegangen ist, was der Richter gewürdigt haben wollte.

Die Möglichkeit, solche Kenntnisse der gerichtlichen Psychopathologie sich zu verschaffen, um die Gutachten der Sachverständigen mit genügender Unabhängigkeit zu benützen, besteht — Büchergelehrsamkeit reicht hier nicht aus — in Bayern anscheinend nur in den Universitätsstädten, und auch hier ist es dem in seinem Berufe beschäftigten Richter nicht leicht gemacht.

In Gießen ist in diesem Jahre ein praktischer Kurs der gerichtlichen Psychologie und Psychiatrie für Beamte abgehalten worden. Aehnliche Veranstaltungen für die bayerischen Praktiker wären auf das lebhafteste zu begrüßen.

Bayerische Verkehrsprozesse.

Von Landgerichtsrat **Neumiller** in München.

(Schluß.)

Die Betonung des Transportvertrags als solchen gewährt bei Personenbeschädigungen keinen besonderen Vorteil,[60]) denn die Gehilfenhaftung ist hier durch die noch strengere Haftung des HaftpflG. überholt und Schmerzensgeld kann auf Grund der

---

[60]) Ausgenommen Zu- und Abgangs-, insbesondere Abortunfälle innerhalb der Bahnsteigsperre (vgl RGZ. 55, 336; JW. 1904, 358), worauf u. A. sich das HaftpflG. nicht erstreckt. — Stusen: JW. 1905, 640; 1906, 110.



Vertragsverletzung allein doch nicht begehrt werden. Wohl aber ist die Geltendmachung der Vertragshaftung bei Sachschäden, wie Zerreißen von Kleidern, Verlust von Geld, Uhr, Schmuck, mitgeführtem (nicht „behandeltem") Handgepäck von Wert, weil die Eisenbahn insoweit lediglich nach dem allgemeinen Zivilrecht haftet[61]), aber nicht nur für sich, sondern auch für ihre Leute und außerdem — was das wesentliche ist —, ihrerseits beweisen muß, daß sie an der unbestrittenen Nichtvollendung des Transportvertrags schuldlos ist. Unklarheiten des Vorgangs (d. h. der Unfallursache) schaden also hier ähnlich wie beim HaftpflG. der Bahn (JW. 1907, 368). Solche Sachbeschädigungsklagen kommen nicht nur in Verbindung mit Haftpflichtansprüchen, sondern auch ohne solche selbständig vor, sei es, daß der Kläger bei dem Unfall ohne Körperverletzung durchgekommen ist, sei es, daß es sich überhaupt nicht um einen Unfall im landläufigen Sinn, sondern z. B. um Befleckung von Sommerkleidern durch frischen Farbenanstrich und dgl. handelt.[62])

Beim Frachtvertrag zahlt die Bahn regelmäßig nur den gemeinen Handelswert des Guts, weiteren Schaden (volles Interesse)[63]) aber nur, wenn der Kläger ein grobes Verschulden der Bahn zu beweisen vermag (§§ 80, 88 EVerkO.). Anderseits trägt die Bahn (abweichend vom gewöhnlichen Frachtführer nach neuem Handelsrecht) auch den Zufall und kann sich nur mit höherer Gewalt exkulpieren (§ 75 EVerkO.) Eine große Rolle spielen deshalb in den Frachtprozessen die Haftungsausnahmen der §§ 456, 459 HGB., 75, 77 EVerkO., die auch in das intern. Recht übergegangen sind (Art. 30, 31 JFrUe. n. F.); praktisch sind damit Prozesse wegen Benässung, Gefrieren, Verfaulen des Guts, Entspringen von Tieren, Zerbrechen von Eiern[64]), Glas und dgl. nur ausnahmsweise von Erfolg begleitet, z. B. wenn die Bahn sich erkennbare Verpackungsmängel nicht schriftlich bestätigen läßt oder der schadenbringende Vorgang, — was freilich selten, — vom Kläger völlig aufgeklärt und dabei ein Verschulden der Bahn oder ihrer Leute nachgewiesen werden kann, z. B. mutwilliges Werfen oder Stürzen des Guts.

3. Die Prozesse gegen den **Postfiskus** teilen sich im allgemeinen in drei Kategorien: Haftentbindungsprozesse des Personals bezüglich verlorener Postsendungen, Ersatzprozesse der Absender wegen Beschädigung oder Verlust von Poststücken, Ersatzprozesse von Reisenden oder Dritten wegen körperlicher Beschädigung bei oder durch Postfahrten oder beim Verkehr in Postgebäuden.[65])

Bei den Haftentbindungsklagen des Postpersonals spielt § 282 BGB. eine bedeutende Rolle; kann der Postbeamte, bei dem das verlorene Poststück zuletzt nachweislich war, sich nicht in der instruktionsgemäß vorgeschriebenen Form über die Weitergabe ausweisen und damit die Haftung auf den Dienstnachfolger abwälzen, so bleibt sie an ihm ohne Vorwurf einer Unredlichkeit mit der Begründung hängen, daß er dem Dienstherrn die weitere Nachforschung durch Fahrlässigkeit unmöglich gemacht hat (vgl. Art. 8 WeltpostVV.). Die Einzelheiten der vorgeschriebenen Manipulationen müssen dabei sorgfältig an der Hand der ausführlichen Dienstweisungen geprüft werden; Dienstüberlastung, Fehlen von verschließbaren Fächern oder von Schlüsseln sind häufig gebrauchte Ausreden; in der Regel liegen über den Verlust übrigens auch strafrechtliche Erhebungen vor. Die Ersatzklagen der Absender sind zumeist unbegründet, weil andernfalls schon die Post selbst Entschädigung leistet, da ja der Tatbestand des Verlusts objektiv, soweit die Haftung überhaupt reicht, leicht feststellbar ist („Einschreiben"). Beachtlich ist, daß die Post für einfache Briefsendungen mit Nachnahme oder für Postzustellungsakte (§ 193 ZPO.) ebensowenig haftet als für Verdienst- oder Unterhaltsentgang bei Tötung oder Verletzung von Postreisenden.[66]) Selbstverständlich erstreckt sich letztere Beschränkung nicht auf Schadensansprüche von Passanten, die durch die Postpferde oder Postautomobile oder durch Bauschäden verursacht sind.[67])

Nur der Vollständigkeit halber mag darauf hingewiesen sein, daß Prozesse wegen fingierter Postanweisungen von Postbeamten selten sind[68]) und daß Einzugsprozesse von Pfandgläubigern gegen die Post nicht vorkommen, schon weil die Praxis an der Unpfändbarkeit festhält.[69])

---

[61]) Vgl. § 34 EVerkO.

[62]) Meist liegt hier eigenes Verschulden des Beschädigten oder eine Betriebsnotwendigkeit (z. B. Ruß) vor und jedenfalls liegt dem Kläger die Beweislast ob, insbesondere z. B. dafür, daß er das angeblich verlorene Geld wirklich bei sich gehabt hat.

[63]) Z. B. Mehrkosten der Ersatzware bei eingetretener Teuerung.

[64]) Vgl. die lehrreiche Entscheidung RGZ. 64, 172 (Eier) — Frachtzuschläge: RGZ. 64, 284; BayZ. 1906, 364; Deckenleihe: EisenbE. 14, 50 und 148; 20, 229 und 309. — Ein Recht auf Beförderung mit einem bestimmten Zug vor Ablauf der Lieferfrist besteht nicht (z. B. Viehmarktversäumnis); vgl. anderseits § 51 BPostO.

[65]) Die Streitigkeiten über den Umfang des Postregals werden im Kriminalwege ausgetragen (§§ 1, 27 RPostG.).

[66]) RGZ. 57, 150; RPostG. § 11; BayPostO. §§ 50, 51. — Vorlegung des Einlieferungsscheins ist regelmäßig unentbehrlich.

[67]) Hierbei ist der Unterschied zwischen Pferde- und Automobilbetrieb rechtserheblich (vgl. § 833 BGB.); Tierhalter ist der Posthalter auf Dienstvertrag. BayZfR. 1905, 244. — Eröffnung einer schwierigen Probestrecke (Tölz—Lenggries) macht nicht schon an sich haftbar.

[68]) RGZ. 60, 24 (keine Bereicherungsklage gegen den gutgläubigen Empfänger).

[69]) RGZ. 43, 98. — So zweifellos, wie die Praxis annimmt, ist übrigens die formelle Unpfändbarkeit nicht; der Erfolg scheitert allerdings meist am Mangel einer selbständigen Adressatenklage und an dem Widerrufsrecht des Absenders. Jedenfalls kann aber für die Pfändbarkeit von Nachnahmeanweisungen und dgl. nichts besonderes gelten.

Auch Prozesse gegen den Telegraphenfiskus sind selten, da die Telegraphenordnung (§ 20) ohnehin jede Haftung des Staats aus unrichtiger Telegrammübermittlung ausschließt; die vorkommenden Ansprüche beruhen meist auf Schädigungen durch Kurzschluß bei Berührung der Telegraphen- oder Telephondrähte mit Starkstromleitungen. Sachlich kommt dabei auch das Telegraphenwegegesetz und bei Trambahnen Art. 58 AG. z. BGB. in Betracht.[70])

4. Hinsichtlich der Aktivlegitimation ist bei den Personenverletzungen insbesondere der Einfluß des § 1356 BGB. (Unterstützungspflicht der Frau im Erwerbsgeschäft und Haushalt)[71]), bei den Transportvertragansprüchen auch die Person des Gegenkontrahenten (Reisender, nicht Billetkäufer)[72]) beachtlich. Die Rechte aus dem Frachtvertrag[73]) stehen an sich nur dem Absender zu; nach Ankunft des Guts am Bestimmungsorte ist aber der Empfänger befugt, im eigenen Namen die Vertragsrechte geltend zu machen (§ 66 EVerkO.); mit Uebergabe des Frachtbriefs an ihn oder Zustellung seiner Klage erlischt das Verfügungsrecht des Absenders. Beim Posttransport wird nur dem Absender Ersatz geleistet.[74]) In der Praxis hilft man sich, insbesondere seitens der Versicherungsgesellschaften, mit Zessionen.

5. Bei der Prüfung des Erlöschens der Ansprüche durch Zeitablauf sind Verjährung und Ausschlußfrist wohl zu unterscheiden. Die Haftpflichtansprüche verjähren in zwei[75]), die Schadensansprüche aus Delikten des BGB. in drei, diejenigen aus dem Dienstvertrag und Transportvertrag an sich in dreißig Jahren[76]), die Bahnfrachtansprüche jedoch in einem Jahre, die internen Postansprüche in sechs Monaten (Weltpostvereinsgebiet: ein Jahr). Für die Unfallfürsorgepension gilt eine dreijährige Ausschlußfrist (mit Wiedereinsetzung); die Frachtansprüche erlöschen außerdem durch Annahme des Guts und Bezahlung der Fracht; praktisch wichtig ist aber die Ausnahme für äußerlich nicht erkennbare Mängel des Guts (nicht bloß der Verpackung). Beachtlich ist endlich die Verjährungshemmung durch die erstmalige schriftliche Anmeldung der Ansprüche (Reklamation).[77])

Damit wären die Grenzen des beabsichtigten Ueberblicks erreicht. Vollständigkeit konnte und wollte dabei nicht angestrebt werden; sie wäre auch weder mit dem verfügbaren Raum noch mit der Uebersichtlichkeit der Darlegung vereinbar.[78]) Deren Zweck ist schon dann genügt, wenn den mit Verkehrsprozessen neubefaßten Rechtspflegeorganen die Grundlagen und Wege der bisherigen Praxis gewiesen sind, auf denen das eigene Einzelstudium unschwer weiter zu bauen vermag.[79])

---

[70]) BayZfR. 1905, 352; RGZ. 57, 364. — Schadensersatzklagen von Telephonistinnen gegen Telephonbenutzer wegen Gesundheitsstörungen durch zu rasches Drehen der Induktorkurbel sind nicht Fiskalprozesse; die Telephonbeamten unterstehen der Unfallversicherung (BlfRA. 70, 196) bzw. Beamtenfürsorge.

[71]) JW. 1906, 369.

[72]) JW. 1905, 426.

[73]) Abschluß erst mit dem Stempelaufdruck auf den Frachtbrief; die unbeschädigte Auslieferung muß der Versender beweisen.

[74]) RGZ. 60, 24.

[75]) Und zwar bei Verletzungsfolgen schon vom Unfalltage, nicht erst von der späteren Erkrankung ab (vorsorgliche Feststellungsklage!). Teilklagen hindern nicht die Verjährung des Restanspruchs oder des Rechts als solchen (RGZ. 60, 387).

[76]) JW. 1907, 330; damit ist die gegenteilige Entscheidung JW. 1905, 484 aufgegeben. — Abs. 2 des § 9 HaftpflG. ä. F. ist seit 1900 aufgehoben.

[77]) §§ 90, 91 EVerkO. (Ausnahme in Abs. 6!); vgl. Art. 45 JFrUe. (Verjährung bei grober Fahrlässigkeit der Bahn in drei Jahren) und § 13 RPostG.

[78]) Außer Betracht blieben insbesondere die Ersatzansprüche von Privatpersonen für Verkehrsschäden gegen Beamte oder dritte Urheber, als praktisch schon zufolge § 850 Nr. 1 und 8 ZPO. meist wertlos, während der Staat nach Art. 12 AG. z. BGB. das formell unbeschränkte Aufrechnungsrecht gegen den Beamten hat (in der Praxis wird davon ein milder Gebrauch gemacht). Unerörtert blieben ferner die zahlreichen formellen Streitfragen der Enteignungsprozesse, da deren Zuständigkeitsnorm ungeändert geblieben ist.

[79]) Ob die nunmehrige Zersplitterung der für die Staatskasse zum teil sehr einschneidenden Prozesse und der hier besonders wichtigen, großzügige und rasche Entschlüsse erfordernden Vergleichsunterhandlungen sich bewährt, kann nur die Zukunft lehren; ein Urteil hierüber im jetzigen Uebergangsstadium, das natürlich zuerst mehr die Schattenseiten zeigt, wäre verfrüht und unbillig.

Eine dringend notwendige Ergänzung der Strafregister.

Von Dr. Klimmer, III. Staatsanwalt in Traunstein.

Die Bekanntmachung vom 23. April 1907, die Vermerkung der Begnadigungen in den Strafregistern betr. (JMBl. S. 114), ordnet an, daß von jeder allerhöchsten Entschließung, durch die eine im Strafregister zu vermerkende Strafe oder Nebenstrafe aus Gnaden erlassen, gemindert oder gemildert wurde, der Registerbehörde Mitteilung zu machen ist, sofern sie nicht schon nach den bestehenden Vorschriften von der Begnadigung Kenntnis erhält.

Diese Vorschrift ist sehr zu begrüßen. Ihre Durchführung wird sich gewiß als sehr nützlich erweisen und in Zukunft insbesondere bei dem Ausmaße der Strafen wichtige Dienste leisten.

Allein wichtiger als die Frage nach dem Ausmaße der Strafe ist die Frage nach der Schuld. Wichtiger als die Frage, ob jemand und wie oft jemand bestraft und begnadigt worden ist, ob er der katholischen oder der protestantischen Religion angehört, ob er ehelich oder unehelich geboren ist, ist die Frage, ob er *überhaupt gestraft* werden darf. Im Strafrecht ist diese Frage wohl die wichtigste überhaupt; ihre Bejahung ist die Vor-

aussetzung aller weiteren Fragen. Der § 51 StGB. spielt im modernen Strafrecht eine hervorragende Rolle; seine Bedeutung wird sich in der Zukunft eher steigern als mindern.

Ich meine deshalb, es sollte von nun an ein hauptsächliches Ziel der Strafregister werden, soweit als möglich darüber Aufschluß zu erteilen, ob die Bestrafung einer Person auf Grund des § 51 StGB. bereits einmal ausgeschlossen war, ob eine Person, deren Bestrafung auf Grund des § 51 l. c. bereits einmal ausgeschlossen war, später wieder verurteilt worden ist und ob Tatsachen vorliegen, die eine Anwendung des § 51 StGB. gegenüber einer Person nahe legen.

Um dieses Ziel zu erreichen, bedarf es keiner großen Mühe. Es ist nur die Anordnung nötig, daß die im folgenden näher erörterten 2 Gruppen von Vermerkungen in die Strafregister Aufnahme finden. In welch' einfacher Weise diese Aufnahme erfolgen kann, brauche ich nicht auseinander zu setzen.

I. Vor allem ist es nötig, daß angeordnet wird, es sei jedes Gutachten eines Sachverständigen, das eine Person für unzurechnungsfähig im Sinne des § 51 StGB. erklärt, im Strafregister dieser Person zu vermerken, wenn auf Grund des Gutachtens das Verfahren eingestellt oder der Täter außer Verfolgung gesetzt oder freigesprochen wird. Wenn die Person noch keine Strafliste hat, so ist zum Zwecke der Vermerkung dieses Gutachtens eine Strafliste anzulegen.

Wie dringend notwendig die Anordnung dieser Vermerkungen ist und wie sehr die Praxis im Interesse einer gerechten Strafrechtspflege der vorgeschlagenen Ergänzung der Strafregister bedarf, mögen folgende Erwägungen zeigen.

Wird ein Täter auf Grund ärztlichen Gutachtens für unzurechnungsfähig erklärt und deshalb nicht bestraft, so wird das Publikum gegen weitere Straftaten dieses Täters nur dann geschützt, wenn er zugleich für g e m e i n g e f ä h r l i c h erklärt und auf Grund des Art. 80 PStGB. in eine Irrenanstalt eingeschafft wird. Das geschieht aber weniger oft, als man annehmen sollte. Denn das Einschaffen kostet Geld; laufen lassen kann man den Täter, ohne etwas bezahlen zu müssen. Das Bezirksamt, dem die Strafakten mit dem Sachverständigengutachten von der Staatsanwaltschaft zur Beschlußfassung nach Art. 80 StGB. zugeleitet werden, veranlaßt den Amtsarzt zur Untersuchung des Täters. Denn das dem Einschaffungsbeschlusse zugrunde zu legende bezirksärztliche Gutachten ist ausnahmslos auf Grund persönlicher Untersuchung zu erstatten. Der Bezirksarzt erklärt nun sehr oft: entweder a) ich halte den Täter überhaupt nicht für geisteskrank, auch wenn er in der Irrenanstalt, in der er vielleicht sechs Wochen beobachtet wurde, für geisteskrank erklärt wurde; oder b) der Täter ist zwar geisteskrank, aber er ist nicht gemeingefährlich.

Die letztere Erklärung wird häufig dann erfolgen, wenn es sich nicht um einen Mord, eine Brandstiftung, ein Verbrechen wider die Sittlichkeit, sondern um einen Betrug oder Diebstahl handelt. Die erstere Erklärung wird gewöhnlich in jenen, allerdings nicht seltenen Fällen abgegeben werden, in denen man nicht erwartet hat, daß das Gutachten des Arztes der Irrenanstalt auf Unzurechnungsfähigkeit lauten würde, in denen die mit der Sache befaßten Juristen über das Gutachten die Laienköpfe schütteln und auch der Landgerichtsarzt sich vor der Einschaffung des Täters in die Irrenanstalt zum Zwecke der Beobachtung dafür erklärt hatte, daß nach seiner Auffassung der Täter zurechnungsfähig sei. Wenn ihm auch das Gutachten des Arztes der Irrenanstalt ein Rätsel ist, so spricht das Gericht in der Regel trotzdem den Täter auf Grund des Gutachtens frei; das Bezirksamt aber, das seinen Beschluß auf Grund des bezirksärztlichen Gutachtens zu fassen hat, ordnet die Einschaffung des Täters nicht an.

Im Falle der Ziffer a und der Ziffer b bleibt also der Täter auf freiem Fuße. In beiden Fällen kann der unzurechnungsfähige Täter neue Straftaten begehen und von neuem zur Rechenschaft gezogen werden.

B e i d e r j e t z i g e n B e s c h a f f e n h e i t d e r S t r a f r e g i s t e r g e h ö r t n u n e i n g a n z g l ü c k l i c h e r Z u f a l l d a z u, w e n n i n d e m n e u e n S t r a f v e r f a h r e n b e k a n n t w i r d, d a ß d e r T ä t e r b e r e i t s e i n m a l, v i e l l e i c h t v o r g a n z k u r z e r Z e i t, f ü r u n z u r e c h n u n g s f ä h i g e r k l ä r t w o r d e n u n d d e s h a l b s t r a f f r e i g e b l i e b e n i s t.

Wenn die neue Straftat von dem gleichen Staatsanwalt verfolgt wird, der in dem früheren Verfahren tätig war, so wird sich dieser wohl an das Gutachten erinnern. Ist aber die Stelle inzwischen mit einem neuen Beamten besetzt worden oder ist die Tat diesmal im Bezirke des Referates A und nicht mehr des Referates B wie die frühere Tat verübt, so wird die Staatsanwaltschaft die Frage der Zurechnungsfähigkeit kaum aufwerfen. Das Gericht wird dies nur dann tun, wenn die Tat von demselben Richter oder vor derselben Kammer wie früher verhandelt wird, diese Kammer noch ebenso wie früher besetzt ist und sich ein Mitglied der Kammer oder der Einzelrichter an den früheren Fall erinnern.

E r i n n e r t s i c h n i e m a n d d a r a n, d a n n s i n d d i e d a s G u t a c h t e n e n t h a l t e n d e n A k t e n v e r g e s s e n. Da die Akten nicht mit einer Verurteilung abschließen, werden sie nicht in der Strafliste und auch sonst nirgends vermerkt. O b w o h l s i e o h n e Z w e i f e l d i e w i c h t i g s t e n A k t e n s i n d, die bisher gegen den Täter anfielen, v e r s c h w i n d e n s i e i n d e r R e g i s t r a t u r und kommen selten mehr zum Vorschein.

Wie soll unter diesen Umständen die Tatsache der Unzurechnungsfähigkeit des Täters erst bekannt werden, wenn er die neue Tat in einem anderen Bundesstaat oder nach mehreren Jahren verübt? Gerade die Personen, die zur Beobachtung in eine Irrenanstalt eingeschafft waren, für unzurechnungsfähig erklärt und dann trotzdem auf Grund des Art. 80 PStGB. nicht eingeschafft worden sind, verlassen sehr gerne ihre Heimat. Der Makel der Straftat und der Geisteskrankheit, der ihnen nun einmal anhaftet, treibt sie fort. Die Vorakten einer Person werden in der Regel nur erholt, wenn es sich um Rückfallsverbrechen handelt oder ein ganz besonderer Anlaß die Aktenerholung nötig macht z. B. die Bildung einer Gesamtstrafe, die Hinweisung in der neuen Anzeige auf früher verübte gleichartige Taten. In allen diesen Fällen kommen die Akten mit dem Gutachten nicht zur Kenntnis der mit der neuen Straftat befaßten Behörden, da sie nicht als Rückfallsakten und nicht als Akten für die Bildung einer Gesamtstrafe in Betracht kommen (Mangel einer Verurteilung) und da die Aktenerholung auf Grund der Strafliste zu erfolgen pflegt, in die die Akten nicht eingetragen sind! So kann es kommen, daß man die auf Grund der Strafliste, der Anzeige usw. erholten Akten sorgfältig darauf prüft, ob sie nichts über den Geisteszustandes des Täters enthalten und von den Hauptakten wegen des unzureichenden Inhalts der Strafliste nichts erfährt.

Man wird mir einwenden: wird nicht der Täter selbst sagen, daß er früher einmal für unzurechnungsfähig erklärt worden ist? Bei der Beliebtheit, deren sich der § 51 StGB. erfreut, sollte man dies allerdings erwarten. Allein die Erfahrung lehrt etwas anderes. Der Täter weiß gewöhnlich recht wohl, daß er bei einer neuerlichen Freisprechung auf Grund des § 51 StGB. der Einschaffung in eine Irrenanstalt auf Grund des Art. 80 PStGB., der er vielleicht schon einmal oder zweimal entging, kaum mehr entgehen wird. Er schweigt deshalb lieber von seiner Geisteskrankheit, erduldet lieber eine Strafe mit der Hoffnung, dann wieder in die Freiheit zurückzukehren, als daß er sich freisprechen, aber zu lebenslänglicher Haft in eine Irrenanstalt verurteilen läßt. So gerne sich die Täter in der Regel auf § 51 StGB. berufen, ebenso sehr hassen und fürchten jene Täter den § 51 l. c., denen der Art. 80 PStGB. droht. Unter diesen Umständen besteht also die Gefahr, daß bei der jetzigen Einrichtung der Strafregister Unzurechnungsfähige verurteilt werden, in hohem Maße.

Man wird mir ferner entgegenhalten: wird man einen wirklich Geisteskranken nicht sofort als solchen erkennen, auch wenn er leugnet, geisteskrank zu sein und wenn Anhaltspunkte aus den Akten für eine Geisteskrankheit nicht vorliegen? Diesen Einwand erwarte ich allerdings nur aus Laienkreisen. Trotzdem will ich zu seiner Entkräftung darauf hinweisen, daß die Geisteskrankheit eines Täters in der Regel nur auf Grund einer längeren Beobachtung, einer längeren Nachforschung über sein Vorleben, seine Krankheiten, seine erbliche Belastung usw. festgestellt werden kann, will ich an das Kopfschütteln der Juristen über so manches Gutachten, das eine Geisteskrankheit als gegeben annimmt, sowie darauf hinweisen, daß die meisten Täter in den größeren Verfahren, die eine Voruntersuchung notwendig machen, als geisteskrank erklärt werden. Schon mancher Täter, der bei der Festnahme wegen eines Mordes oder einer Brandstiftung einen Widerstand leistete, war bereits vor dem Schöffengericht als zurechnungsfähig wegen des Widerstandes verurteilt worden — man hatte die Frage der Zurechnungsfähigkeit gar nicht aufgeworfen — als sich in dem Verfahren wegen des Mordes oder der Brandstiftung seine Unzurechnungsfähigkeit ergab.

Schließlich will ich noch darauf hinweisen, daß auch in den Fällen, in denen der Täter angibt, daß er früher einmal für unzurechnungsfähig erklärt worden ist, die Vermerkung des früheren Gutachtens in der Strafliste außerordentliche Dienste leisten kann. Nehmen wir nur an, der Täter weiß nicht mehr, wann und wo er eingeschafft war? Wie soll ich nun die Akten und wie die richtige Irrenanstalt finden? Die Behörden sind der Gefahr ausgesetzt, von dem Täter irregeführt zu werden, wenn der Täter behauptet, eingeschafft gewesen und straffrei geblieben zu sein, obwohl dies nicht wahr ist. Es wird vielleicht mit Rücksicht auf eine solche Behauptung eine Einschaffung des Täters zur Beobachtung beschlossen, die im anderen Falle unterblieben wäre.

Die einfache Vermerkung der Akten, die das Sachverständigengutachten enthalten, in der Strafliste schützt vor den eben geschilderten Gefahren und trägt dazu bei, daß die Einschaffung eines Geisteskranken, der wegen seiner Straftaten nicht zur Rechenschaft gezogen werden kann, aber auch nicht soll, gemäß Art. 80 PStGB. zu der rechten Zeit erfolgen kann.

II. Nicht notwendig ist es, in den Strafregistern jene Gutachten zu vermerken, die einen bisher als geisteskrank betrachteten Täter für zurechnungsfähig erklären und seine Verurteilung herbeiführen. Denn die Tatsache solcher Gutachten ergibt sich aus der Strafliste von selbst, wenn auf ein Gutachten, wie es in Abschnitt I erörtert wurde, eine Verurteilung erfolgt. Diese Akten, in denen nach dem Gutachten, das den Täter für unzurechnungsfähig erklärte, zum erstenmal wieder eine Verurteilung erfolgte, wären dann stets bei neuen Anzeigen zu erholen. Ist die Verurteilung zu Unrecht erfolgt, z. B. weil das frühere Gutachten, das den Täter für unzu-

rechnungsfähig erklärte, übersehen wurde und kein neues gegenteiliges Gutachten vorliegt, so kann jetzt alles noch rechtzeitig geordnet werden.

III. Die zweite Gruppe der Vermerkungen, deren Aufnahme in die Strafregister ich mit Rücksicht auf § 51 StGB. für nötig erachte, ist folgende: jeder rechtskräftige Beschluß und jedes rechtskräftige Urteil, das eine Entmündigung ausspricht, sowie jeder distriktspolizeiliche Beschluß, der, ohne daß ein Strafverfahren anhängig war, die Einschaffung nach Art. 80 PStGB. anordnet, ist in den Strafregistern zu vermerken; desgleichen die Wiederaufhebung dieser Entscheidungen.

Ich gebe zu, daß die Vermerkung dieser Gruppe nicht so dringend ist wie die Vermerkung der Gruppe I. Die Tatsache einer Entmündigung und der Aufhebung einer Entmündigung wird den Strafverfolgungsbehörden in der Regel bekannt werden. Personen, deren Einschaffung in das Irrenhaus beschlossen ist, werden in der Regel auch eingeschafft werden.

Allein es sind doch Fälle denkbar, in denen ein Entmündigter vor dem Strafrichter steht, ohne daß seine Entmündigung bekannt geworden ist und ohne daß die Frage der Zurechnungsfähigkeit des Täters aufgeworfen wird. Desgleichen ist es möglich, daß eine Person, deren Einschaffung beschlossen ist, sich der Einschaffung entzieht und bald darauf wegen einer Straftat sich zu verantworten hat, ohne daß die Tatsache des Einschaffungsbeschlusses erörtert und ohne daß die Frage nach der Zurechnungsfähigkeit des Täters gestellt wird. Welch großes Interesse besteht, daß solche Fälle vermieden werden, brauche ich nicht zu erörtern.

Wichtiger noch als für diese Fälle halte ich jedoch die Vermerkung der Gruppe II in den Strafregistern für die richtige Aburteilung jener Straftaten, die nach der Aufhebung einer Entmündigung oder eines Einschaffungsbeschlusses begangen werden. Bei der Aburteilung dieser Straftaten wird die Tatsache, daß der Täter einmal entmündigt oder eingeschafft war, sehr leicht unberücksichtigt gelassen. Insbesondere wenn der Täter nach der Aufhebung seinen Wohnort geändert hat. Er selbst hat oft ein Interesse daran oder glaubt ein Interesse daran zu haben, diese Tatsache zu verschweigen! Und sonst weiß niemand etwas von ihr! Und doch kann von der Kenntnis der Tatsache es abhängen, ob der § 51 StGB. angewendet wird oder nicht! Allein selbst abgesehen von § 51 StGB. darf man behaupten, daß in den meisten dieser Fälle die Kenntnis der Tatsache für eine richtige Beurteilung des Straffalles und das richtige Ausmaß der Strafe unumgänglich notwendig ist.

Durch die Vermerkung der Gruppe II in den Strafregistern kann auch in dieser Hinsicht der Strafrechtspflege ein außerordentlich wertvoller Dienst geleistet werden.

Zum Schlusse möchte ich nur noch hervorheben, daß ich auch die Vermerkung der Aufhebung der Entmündigungs- und Einschaffungsbeschlüsse für nötig erachte. Es ergibt sich bei der Gruppe II aus einer auf den Vermerk des Entmündigungs- oder Einschaffungsbeschlusses folgenden Verurteilung nicht ohne weiteres, daß der Beschluß wieder aufgehoben ist. Bei der Gruppe I liegt die Sache anders. Wenn dort auf ein Gutachten, das die Unzurechnungsfähigkeit des Täters ausspricht, eine Verurteilung erfolgt, so muß ein Gutachten vorliegen, das ihn jetzt für zurechnungsfähig erklärt. Bei der Gruppe II kann aber z. B. ein Entmündigungsbeschluß wegen Geistesschwäche, Trunksucht oder Verschwendung vorliegen, es kann trotzdem in dem Strafverfahren ein Gutachten dahin ergehen, daß der Täter zurechnungsfähig sei und es kann der Täter verurteilt werden. Solche Akten, in denen auf die Vermerkung einer Tatsache der Gruppe II eine Verurteilung erfolgt, sind immer zu erholen.

Mitteilungen aus der Praxis.

In dem Leugnen der Straftat durch den Angeklagten darf ein Anlaß zur Verhängung einer schwereren Strafe nicht erblickt werden. In der Entsch. des RG. in StS. Bd. 38 S. 208 ist beiläufig die Ansicht ausgesprochen, das Gericht dürfe, wenn es eine vom Angeklagten geleugnete Straftat für erwiesen erachte, in dem hartnäckigen Leugnen dieser erwiesenen Tat seitens des Angeklagten einen Anlaß zur Verhängung einer schwereren Strafe erblicken. Eine nähere Begründung ist nicht beigefügt. Dieser Ansicht des Reichsgerichts dürfte kaum beizustimmen sein.

Wie sich aus §§ 242 III mit 136 I Satz 2 StPO. ergibt, braucht der Angeklagte in der Hauptverhandlung auf die Anklage überhaupt nichts zu erwidern. Macht er von diesem Rechte Gebrauch, bleibt er also auf die Anklage stumm, so kommt dieses Verhalten des Angeklagten in der Wirkung dem Leugnen insofern vollkommen gleich, als durch Zeugen oder sonstige Beweismittel die Straftat festgestellt werden muß; es wird diesem Verhalten des Angeklagten in der Regel auch — wie dem Leugnen — die Absicht zugrunde liegen, sich womöglich der Bestrafung zu entziehen. Das Unterlassen der Erwiderung auf die Anklage wird aber wohl noch nie als Straferhöhungsgrund angeführt worden sein, weil es eben ein Recht des Angeklagten ist, sich auf die Anklage nicht zu erklären, und weil ihm aus dem Gebrauche dieses Rechtes kein Nachteil erwachsen darf. Das Gleiche muß auch für das Leugnen gelten, das, wie bemerkt, hinsichtlich seiner Ursache und seiner Wirkung für das Strafprozeßverfahren auf die gleiche Stufe mit dem Unterlassen der Erwiderung auf die Anklage zu stellen ist.

Das staatliche Strafrecht greift so tief in die verschiedensten Lebensbetätigungen ein, daß der Versuch eines Angeklagten, sich durch Leugnen der Straftat der staatlichen Strafgewalt zu entziehen, nur als ein Erzeugnis des Selbsterhaltungstriebs im weiteren Sinne angesehen werden und dem Angeklagten nicht zum Vorwurf gemacht werden darf, geschweige

denn, daß daraus ein Straferhöhungsgrund entnommen werden dürfte. Im Strafprozeß — abgesehen vom Privatklageverfahren — liegt die Beweislast für die Anklagetatsachen dem öffentlichen Ankläger ob. Genügen dem Gerichte die beigebrachten Beweise nicht, so muß es freisprechen. Kommt das Gericht aber auf Grund des Beweisergebnisses — trotz des Leugnens des Angeklagten — zu einer Verurteilung, so ist nicht einzusehen, warum das Leugnen als Straferhöhungsgrund sollte gelten können. Das Leugnen der Täterschaft steht mit der Straftat in gar keinem inneren Zusammenhange; es gehört weder zu den Ursachen, noch zu den Wirkungen, noch zu den begleitenden Umständen der Straftat. Wäre wegen der Straftat nicht ein Strafprozeß entstanden, so würde das Leugnen seitens des Täters gar nicht in Betracht kommen; an der Tat selbst ändert das Leugnen gar nichts, sie kann insbesondere trotz des Leugnens im weitesten Maße erklärlich und entschuldbar sein.

Das Leugnen der Tat gehört — ganz allgemein gesprochen — zu den Handlungen, die der Angeklagte in der Hauptverhandlung vornimmt. Erachtet man das Leugnen als Straferhöhungsgrund, so ist der eigentliche, wenn auch wohl nicht deutlich zum Bewußtsein des Richters gelangende Grund der höheren Strafe der, daß in dem Leugnen eine Ungebühr vor Gericht erblickt wird. Ungebühr vor Gericht ist aber durch Ordnungsstrafe, nicht durch Erhöhung der Kriminalstrafe zu ahnden. Weil nun aber das Leugnen des Angeklagten doch wohl in der Regel nicht als Ungebühr vor Gericht formell betrachtet und behandelt werden kann, schleicht sich die Bestrafung des Leugnens in der Form einer Erhöhung der wegen der Tat selbst zu erkennenden Strafe ein. Damit geschieht aber dem Verurteilten Unrecht, besonders dann, wenn der Fall für den Angeklagten so günstig liegt, daß an sich auf die geringste zulässige Strafe erkannt worden wäre. So aber trägt ihm sein Leugnen eine vielleicht nicht unerhebliche Zulage oder statt einer Geld- eine Freiheitsstrafe ein. Die Höhe der Strafe überhaupt und die Wirkung der einzelnen Strafzumessungsgründe bezüglich der Höhe der Strafe ist ja in das freie Ermessen des Richters gestellt und infolgedessen in gewissem Grade immer Sache des Zufalls. Dem Spiel des Zufalls aber soll man den Angeklagten nicht mehr als nötig überlassen.

Amtsrichter Dr. Käb in Mitterfels.

Vorbereitende Anordnungen des Amtsgerichts vor der mündlichen Verhandlung. Unter den Bestimmungen des Entwurfs eines Gesetzes betr. Aenderungen des Gerichtsverfassungsgesetzes, der Zivilprozeßordnung, des Gerichtskostengesetzes und der Gebührenordnung für Rechtsanwälte verdient die Vorschrift besonderes Interesse, welche das Gericht ermächtigt, Anordnungen, die nach der Klageschrift oder den vorbereitenden Schriftsätzen zur Aufklärung des Sachverhältnisses dienlich erscheinen, schon vor der mündlichen Verhandlung zu treffen. Die praktisch wichtigste derartige Anordnung scheint uns die L a d u n g v o n Z e u g e n zur mündlichen Verhandlung zu sein, und diese soll hier etwas eingehender besprochen werden.

Zunächst kann wohl nicht bezweifelt werden, daß die in Aussicht genommene Vorschrift, gerade was die Ladung von Zeugen betrifft, dem Beweisverfahren eine dem rechtsuchenden Publikum s e h r s y m p a t h i s c h e Gestaltung geben kann, insoweit die Beteiligten richtig zusammenwirken. Denn im Volke findet man immer wieder die Meinung, daß — wie im Strafprozeß zur Hauptverhandlung — auch im bürgerlichen Rechtsstreit die Zeugen zur mündlichen Verhandlung gleich beigeschafft werden müssen. Insbesondere die Anwälte wissen ein Lied davon zu singen, wie sie immer wieder die Ungeduld der Parteien in dieser Beziehung mit dem Hinweis auf unser schwerfälliges Beweisverfahren vertrösten müssen. Ein Verfahren, welches die sofortige Vernehmung der Zeugen im ersten Verhandlungstermin und daran anschließend die Verhandlung über das Beweisergebnis und die Fällung des Urteils gestattet, entspricht in der Tat in hohem Maße den Anforderungen an ein praktisches, dem Volke verständliches Streitverfahren. Wir möchten aber gleich hier den Schein vermeiden, als ob wir uns der Hoffnung hingäben, daß unser Streitverfahren unter der Herrschaft der hier zu besprechenden Vorschrift wirklich im wesentlichen diese wünschenswerte, praktische Gestaltung gewinnen werde. Nicht im mindesten befürchten wir, durch die Entwicklung der Dinge Lügen gestraft zu werden, wenn wir hier sagen, daß die optimistische Erwartung der Begründung des Entwurfs, wonach künftig Erledigung der Amtsgerichtsprozesse in e i n e m Termin die Regel sein soll, ganz gewiß nicht in Erfüllung gehen wird. Wenn wir also unsere Erwartungen über die Wirkung der Vorschrift nicht allzu hoch spannen können, so muß gleichwohl die M ö g l i c h k e i t, das Beweisverfahren sowohl im Verhältnis zur mündlichen Verhandlung als in sich selbst e i n h e i t l i c h e r zu gestalten, mit Freude begrüßt werden. Heute liegt ja stets zwischen der Erlassung des Beweisbeschlusses und der Beweiserhebung ein Zeitraum, groß genug, um die Unmittelbarkeit der gepflogenen mündlichen Verhandlung wieder verblassen zu lassen, so daß sich Richter und Parteivertreter vor der Beweisaufnahme erst wieder darüber aus den Akten informieren müssen, worum es sich bei der Beweiserhebung denn eigentlich handle.

Der Entwurf sagt: „Bevor eine mündliche Verhandlung stattgefunden hat, soll eine Anordnung der unter Nr. 4 (d. i. Ladung von Zeugen und Sachverständigen) und 6 bezeichneten Art nur ergehen, wenn der Beklagte in einem vorbereitenden Schriftsatze dem Klagantrag widersprochen hat und wenn die Anordnung den Parteien entweder besondere Kosten nicht verursacht oder zur Vermeidung wesentlicher Nachteile geboten erscheint oder von beiden Parteien beantragt wird."

Die Fassung ist gerade nicht glücklich. Sie warnt ja in ihrer verklausulierten Form den Richter förmlich vor unüberlegten Schritten. Man brauchte aber wahrlich nicht zu befürchten, daß der Richter gewissermaßen ins Blaue hinein kostspielige Zeugenladungen verfügen könnte auf die Gefahr hin, daß in der mündlichen Verhandlung niemand nach den Zeugen verlangen wird! Ob es nicht besser wäre, dem pflichtgemäßen Ermessen des Prozeßrichters hier etwas mehr zu vertrauen statt ihn von vornherein durch die verschiedenen „wenn" und „entweder — oder — oder" in die Dornen zu setzen? Es könnte auch hier passieren, daß begrüßenswerte Ideen gerade durch die peinlichen Anordnungen über ihre Durchführung in der Praxis einen Teil ihres Wertes verlieren.

Insoweit vorausgesetzt wird, daß der Beklagte in einem vorbereitenden Schriftsatze dem Klagantrage



widersprochen hat, kommt der selbstverständliche Gedanke zum Ausdruck, daß die Anordnung überhaupt nur in Frage kommt, wenn die Sache streitig werden soll. Aber liegt nicht auch in der Erhebung des Widerspruchs gegen einen Zahlungsbefehl, in der Einlegung des Einspruchs gegen einen Vollstreckungsbefehl oder gegen ein Versäumnisurteil eine Ankündigung des Streits, die mindestens ebenso verlässig sein wird wie der formelle Antrag auf Klageabweisung, dem gleichwohl nicht in allen Fällen auch wirklich eine kontradiktorische Verhandlung folgt? Und wenn, wie es so häufig geschieht, der Beklagte gelegentlich der Vertagung des ersten Termins bereits zwar nur informatorisch, aber in allem Ernste erklärt, daß er nicht zahlen werde, soll dann der Richter von vorläufigen Anordnungen der hier besprochenen Art wirklich nur deshalb absehen, weil und insolange von dem — vielleicht nicht anwaltschaftlich vertretenen — Beklagten noch kein förmlicher „vorbereitender Schriftsatz" eingegangen ist?

Zu diesem — wie mir scheint, allzu formell gefaßten — ersten Erfordernis gesellen sich nun noch drei weitere, welche alternativ vorliegen müssen. Greifen wir zunächst dasjenige heraus, welches für die Praxis am wenigsten in Betracht kommen dürfte: die Anordnung soll zur Vermeidung wesentlicher Nachteile geboten erscheinen. Ich muß gestehen, daß ich mir keinen Fall denken kann, wo die Ladung von Zeugen schon vor der Verhandlung aus diesem Grund nötig sein sollte. Hat man an ein Analogon der Sicherung des Beweises zu denken (§§ 485 ff. ZPO.)?

Die zweite der alternativen Voraussetzungen ist, daß die Anordnung den Parteien keine besonderen Kosten verursacht. Was sind besondere Kosten? Samter sagt im „Recht" S. 1238 des lfd. Jahrgangs: „Besondere Kosten werden bei einer Ladung von Zeugen und Sachverständigen regelmäßig unvermeidlich." Ich möchte unter besonderen Kosten aber doch nicht jenes Minimum an Kosten verstehen, das allerdings bei jeder Zeugenladung entsteht, sondern nur jene Kosten, welche sich durch die Art der Vernehmung ersparen lassen könnten. In diesem Sinne scheint mir z. B. die Ladung eines am Gerichtssitze wohnenden Zeugen keine besonderen Kosten, dagegen die Ladung eines in Berlin wohnenden Zeugen ans Prozeßgericht Garmisch allerdings besondere Kosten zu verursachen, die sich eben vermeiden lassen.

Die dritte der alternativen Voraussetzungen ist endlich: Antrag beider Parteien. Also wieder etwas Aktenmäßiges. Aber wenn man diese Bedingung überlegt, so stellen sich wieder Zweifel ein. Worauf soll sich der Antrag beider Parteien beziehen? Nach dem Wortlaut doch wohl auf die Ladung ganz bestimmter Zeugen über ein ganz bestimmtes Beweisthema. Wenn also z. B. der klägerische Anwalt in seinem Schriftsatze sagt: „Für die Hingabe des Darlehens benenne ich als Zeugen den X. und beantrage, die Ladung dieses Zeugen zum bevorstehenden Verhandlungstermin anzuordnen," und wenn der Anwalt des Beklagten darauf erwidert: „Gegen den Beweisantrag wird nichts eingewendet" oder „ich schließe mich dem Antrage an", so wäre die Sache in Ordnung. Nach der jetzigen Prozeßpraxis ist nun freilich ein „Antrag" des Beklagten auf Vernehmung gegnerischer Zeugen in der Regel sinnlos: wenn eine Partei über eine erhebliche Behauptung sachgemäßen Beweis anbietet, so ist es gleichgültig, ob die Gegenpartei damit einverstanden ist, und der Beweis wird eben auf einseitigen Antrag erhoben. Ich verkenne nun nicht, daß in unserer Frage das Schwergewicht nicht darauf liegt, ob Zeugen vernommen werden sollen, sondern darauf, ob sie schon vor der Verhandlung geladen werden sollen. Wenn nun der Beklagte es vorzieht, den Prozeß dilatorisch zu behandeln und zum gegnerischen Beweisantrag schweigt oder ihm gar widerspricht? Dann wäre also nach der dritten Alternative die Zeugenladung unzulässig und zu prüfen, ob nicht etwa eine der andern Voraussetzungen gegeben ist. — Setzen wir den Fall, daß der Beklagte auf obiges Beweisangebot antwortet: „Die Hingabe des Darlehens wird nicht bestritten, allein das Darlehen ist an bestimmtem Orte zu bestimmter Zeit zurückgezahlt; als Zeuge wird benannt Y." Der Fall ist einfach genug; erheblich ist nur das Beweisangebot des Beklagten; es besteht Aussicht, daß bei Ladung des Zeugen Y. der Prozeß schon im ersten Verhandlungstermin erledigt wird. Soll der Richter den Zeugen laden lassen? Er wird sich fragen: Was sagt Kläger zu dieser Einwendung? Gesteht er zu? Will er sich noch informieren? Will er sich mit Gegenbeweis versehen? Ich werde die Verhandlung abwarten! — Oder er kann noch etwas anderes tun: er kann den Kläger zu baldiger Erklärung veranlassen; denn das ist ja so recht eine Anordnung, „die nach der Klageschrift und den vorbereitenden Schriftsätzen zur Aufklärung des Sachverhältnisses dienlich erscheint." Geht die Erklärung des Klägers rechtzeitig ein, so ist noch die Ladung des Zeugen möglich, falls notwendig.

Hiermit sind wir bei dem Punkte angelangt, der uns für die praktische Wirkung der Vorschrift am wichtigsten scheint: Sie kann nur dann größere Bedeutung gewinnen und so das erwünschte Ziel der Beschleunigung des amtsgerichtlichen Verfahrens näherrücken, wenn das Gericht in der Ermittlung des Streitstandes von den Parteien und insbesondere von deren Anwälten unterstützt wird. Auch hier wird sich die große Bedeutung des Anwaltes für den Zustand unserer Rechtspflege zeigen. Denn erst dann wird der Amtsrichter in der Lage sein, die Ladung von Zeugen schon vor der Verhandlung anzuordnen, wenn er auf Grund der Parteierklärungen den mutmaßlichen Verlauf der mündlichen Verhandlung einigermaßen voraussehen kann.

Wird aber zu hoffen sein, daß sich die Instruktion der Prozesse in der Anwaltskanzlei künftig wesentlich rascher als bisher vollzieht? Es mag sein, daß richterliche Anordnungen behufs Klärung des Streitstoffes hier manchmal zur Beschleunigung beitragen werden. Aber die retardierenden Momente, welche heute die Schuld tragen, wenn ein Prozeß lange nicht in Gang kommt, lassen sich nun einmal nicht aus der Welt schaffen. Ich nenne einige: Verhinderung der Anwälte durch Termine, Ueberlastung vielbeschäftigter Anwälte, Vergleichsunterhandlungen, Mißverständnisse, Säumnis der Partei in der Informationserteilung, unrichtige Informationen, Aenderungen des Standpunkts und der Ansichten der Partei, Unschlüssigkeit der Partei in der Auswahl der Zeugen, Benennung von Zeugen mit darauffolgendem Widerruf der Benennung; Unfähigkeit der Partei, sich dem Gegner gegenüber auf einen verständlichen, vor Gericht vertretbaren Standpunkt zu stellen, und damit endlose

Besprechungen; zeitraubende Nachforschung nach Beweismitteln, nach dem Aufenthalt von Zeugen u. a. und last not least: Ueberlastung des Prozeßgerichts. Hierbei ist noch gar nicht der Fälle gedacht, in denen schwierige Rechtsfragen längere Zeit zur Bearbeitung sowohl bei Anwälten wie bei Richtern erfordern.

Wenn man einmal den einen Termin ins Auge faßt, in dem sich mündliche Verhandlung und Beweiserhebung aneinander reihen sollen, so wird man diesen nicht in unserm heutigen sog. ersten Termin suchen dürfen. Dieser erste Termin, der etwa 14 Tage oder 3 Wochen nach der Terminsansetzung folgt, wird für die Regel viel zu früh sein, als daß vor ihm bereits Klagezustellung, Information eines Anwalts für den Beklagten, Klagebeantwortung, Replik des Klägers und rechtzeitige Ladung von Zeugen durch das Gericht sollte stattfinden können. Also Vertagungen, wie heute, oder: erheblich weitere Fristen zwischen Terminsbestimmung und Termin.

Man darf aber weiter nicht etwa glauben, daß die Vernehmung von Zeugen gleich im Anschlusse an die mündliche Verhandlung regelmäßig zur Prozeßerledigung führen wird. Gerade die erste Beweiserhebung bringt erfahrungsgemäß manche Ueberraschung, sie öffnet manchmal erst den Parteien die Augen, wenn nicht für die Rechtslage, aber für die Beweislage. Nun sieht die Partei erst, wo ihre Schwäche und wo die Stärke des Gegners liegt, und welchen weiteren Beweis sie antreten muß, wenn sie nicht unterliegen soll. Und kommt es nicht auch oft genug vor, daß beide Parteien, müde von einer langen Beweiserhebung und verwirrt von ihren wechselnden Eindrücken, die Vorsicht gebrauchen, ihren Streit im jetzigen Stadium noch nicht der richterlichen Entscheidung zu unterstellen und ganz einträchtig um Vertagung der mündlichen Verhandlung bitten? Und wie oft eröffnet nicht die erste Beweiserhebung eine ganz neue Perspektive ins Tatsächliche und ins Rechtliche des Prozesses, so daß eine Erledigung im fraglichen Termin schlechterdings unmöglich ist?

Aber wie gesagt: die Möglichkeit der Beschleunigung des Amtsgerichtsprozesses bietet der Vorschlag des Entwurfs, und wenn Richter und Anwälte zusammenwirken, dann wird sich doch ein Erfolg erzielen lassen, der immerhin als erfreulicher Fortschritt unserer bürgerlichen Rechtspflege betrachtet werden darf.

Amtsrichter Fischer in Neustadt a. H.

Werden die Prozesse in Zukunft billiger? Die geplante Justizreform erstreckt sich nicht nur auf die Erweiterung der amtsgerichtlichen Zuständigkeit, sondern sie sieht auch Aenderungen im Gerichtskostengesetz und in der Rechtsanwalts-Gebührenordnung vor. Wie werden nun diese Aenderungen, falls sie zum Gesetz erhoben werden sollten, wirken? Werden die Prozesse billiger als bisher? Dies ist für die Prozesse, soweit sie zur Zuständigkeit der Amtsgerichte gehören — nach dem Entwurfe alle Prozesse bis zu einem Streitwerte von 800 Mark einschließlich — zu bejahen, während es für die Prozesse, die künftig zur Zuständigkeit der Landgerichte gehören und dem Anwaltszwang unterliegen, nicht zutrifft und zwar um so mehr, als die Streitsumme steigt. Nach dem Entwurfe soll das Gerichtskostengesetz dahin geändert werden, daß künftig nur mehr Schreibgebühren erhoben werden für die Ausfertigungen und Abschriften, die lediglich auf Antrag erteilt werden, wobei es einem ausdrücklichen Antrage gleich zu erachten ist, wenn eine Partei es unterläßt, einem von Amts wegen zuzustellenden Schriftsatze die erforderliche Zahl von Abschriften beizufügen. Die Schreibgebühren für solche Abschriften ꝛc. werden auf das Doppelte der bisherigen Sätze, auf 20 Pfennig für die Seite mit durchschnittlich 20 Zeilen und 12 Silben auf einer Zeile, erhöht. Dagegen fallen alle anderen Schreibgebühren und auch die Postgebühren mit Ausnahme der Telegraphen- und Telephongebühren für den Fernverkehr weg. Für die Zustellungen von Amts wegen, die im amtsgerichtlichen Verfahren künftig die Regel bilden sollen, werden nur die baren Auslagen erhoben, welche durch eine Zustellung im Ausland oder eine öffentliche Zustellung entstehen. Zeugen- und Sachverständigengebühren, Kommissionskosten ꝛc. kommen nach wie vor zur Verrechnung. Zur Deckung der von den Parteien nicht zu ersetzenden Barauslagen (der Postgebühren und des betreffenden Teiles der Schreibgebühren) sollen nun in Zukunft Pauschsätze erhoben werden und zwar zehn Prozent der jeweils zum Ansatze kommenden Gebühr; die Summe dieser Pauschgebühren soll in einer Instanz mindestens 50 Pfennig und höchstens 100 Mark betragen. Ein Beispiel wird dies schnell verständlich machen. Nehmen wir einen Prozeß an, in dem verhandelt, Beweis erhoben und Urteil erlassen wurde; in diesem Prozesse kommen drei Gebühren für die drei genannten Prozeßereignisse zur Erhebung. Diese drei Gebühren betragen bei einem Streitwerte

	bis 20 ℳ einschl.	3.— ℳ	(0.50 ℳ)
von mehr als 20 ℳ	„ 60 „ „	7.20 „	(0.80 „)
„ „ „ 60 „	„ 120 „ „	13.80 „	(1.40 „)
„ „ „ 120 „	„ 200 „ „	22.50 „	(2.30 „)
„ „ „ 200 „	„ 300 „ „	33.— „	(3.30 „)
„ „ „ 300 „	„ 450 „ „	45.— „	(4.50 „)
„ „ „ 450 „	„ 650 „ „	60.— „	(6.— „)
„ „ „ 650 „	„ 900 „ „	78.— „	(7.80 „)

Der in Klammern beigesetzte Betrag ist der für den Staat in Zukunft in Ansatz kommende Pauschsatz. Die hier soeben aufgeführten Pauschsätze sind im Vergleich zu den bisher in der Regel angefallenen entsprechenden Auslagen niedrig bemessen. Bedenkt man ferner, daß in Zukunft bei Prozessen bis zu 800 Mark in vielen Fällen die Anwaltskosten wegfallen werden, so darf man wohl mit Recht eine Verminderung der Kosten der amtsgerichtlichen Prozesse annehmen.

Anders liegt aber die Sache bei den landgerichtlichen Prozessen. Mit der Höhe des Streitwerts steigt die Höhe der Gerichtsgebühren und damit auch die Höhe des zehnprozentigen Pauschsatzes, während die Auslagen, wofür dieser Zuschlag erhoben wird, von der Höhe der Streitsumme ganz unabhängig, mit dieser allein bisher gewiß nicht gestiegen sind. Ja die Fälle sind nicht selten, in denen Prozesse mit geringen Streitwerten mehr Schreibwerk verursachen als Prozesse um hohe Summen. Das oben bereits genommene Beispiel mit den drei Gebühren hier fortgesetzt, zeigt so recht die Belastung durch den Zuschlag. Die drei Gebühren betragen bei einem Streitwerte

von mehr als	1600 ℳ	bis	2100 ℳ	einschl.	132 ℳ	(13.20 ℳ)
„ „ „	3400 „	„	4300 „	„	186 „	(18.60 „)
„ „ „	5400 „	„	6700 „	„	222 „	(22.20 „)
„ „ „	8200 „	„	10000 „	„	270 „	(27.— „)
„ „ „	18000 „	„	20000 „	„	420 „	(42.— „)
„ „ „	30000 „	„	32000 „	„	600 „	(60.— „)

Die in Klammern beigesetzten Beträge sind wiederum die zehnprozentigen Zuschlagssätze. Man sieht, daß sie ganz bedeutend anwachsen; sie belasten jeden Rechtsstreit ohne Rücksicht darauf, ob wirklich Barauslagen für Schreib- und Postgebühren entstanden sind oder nicht.

Zu all dem kommt aber noch, daß diese Pauschsätze in der Berufungs- und Revisions-Instanz sich erhöhen, weil dort sich auch die Gebührensätze um ein Viertel oder die Hälfte erhöhen.

Es sollen ferner in Zukunft die Rechtsanwälte für die Herstellung des Schreibwerks und zum Ersatze der Postgebühren Pauschsätze — 20 Prozent ihrer zum Ansatze gelangenden Gebühr — erhalten; die Summe der in einer Instanz zum Ansatze gelangenden Pauschsätze soll 3—60 Mark betragen.

Was oben bereits über die gerichtlichen Pauschsätze gesagt wurde, gilt auch hier, wenngleich das Anwachsen der anwaltschaftlichen Pauschsätze sich ungleich mehr rechtfertigt; mit der Bedeutung einer Sache wächst das Bedürfnis nach ihrer gründlichen Vorbereitung durch Schriftsätze. Aber auch hier werden die Prozesse mit größeren Streitwerten zugunsten der Prozesse mit geringen Gegenstandssummen belastet ohne Rücksicht auf den wirklichen Umfang des Schreibwerks und auf die Ausgaben für Porti. — Zu den Gerichtskosten tritt nach dem Entwurfe die künftig beim Eintritte bestimmter Ereignisse fällige Verzögerungsgebühr hinzu. Ist sie auch nicht neu, so kam sie doch früher, als ihre Erhebung einen Gerichtsbeschluß voraussetzte, fast nie zum Ansatz. In Zukunft soll nämlich, wenn in einem Rechtsstreite mehr als drei Termine zur mündlichen Verhandlung über die Hauptsache in einer Instanz anberaumt wurden, für den vierten und jeden folgenden Termin eine besondere Gebühr erhoben werden. Kam es zu einer Beweisaufnahme, so soll diese besondere Gebühr nur für den siebenten und die folgenden Termine zu erheben sein. Verhandlungstermine, in denen ein Versäumnisurteil ergeht, bleiben unberücksichtigt, ebenso Termine, die von Amts wegen verlegt werden, oder in denen vor Eintritt in die Verhandlung diese von Amts wegen vertagt wird. Mit der Verzögerungsgebühr werden also in Zukunft auch alle jene überzähligen Verhandlungstermine getroffen, in denen es zu einer Verhandlung nicht kam, weil die Sache noch nicht genügend vorbereitet war usw., es müßte denn sein, daß wohl entgegen dem Sinne des Gesetzes die Uebung dahin sich ausbilden sollte, in solchen Fällen von Amts wegen zu vertagen.

So sehr einerseits diese neue Verzögerungsgebühr zu begrüßen ist, weil sie in ganz andrem Maße als ihre Vorgängerin dazu bestimmt ist, Prozeßverschleppungen entgegenzutreten, so wird diese Gebühr anderseits in sehr vielen Prozessen doch auch die Kosten erheblich vermehren.

Oberlandesgerichtssekretär Reger in Nürnberg.

Aus der Praxis der Gerichte.

Reichsgericht.

A. Zivilsachen.

I.

Die Vorschriften der §§ 875, 876 BGB. über die Aufhebung von Rechten an einem Grundstücke finden keine Anwendung auf Grundgerechtigkeiten, die vor dem Inkrafttreten des Grundbuchrechts entstanden und nicht im Grundbuch eingetragen sind. Aus den Gründen: Zur Aufhebung von Rechten an einem Grundstücke ist nach § 875 BGB. die Erklärung des Berechtigten, daß er das Recht aufgebe, und die Löschung des Rechts im Grundbuche erforderlich. Nach § 876 bedarf es außerdem für den Fall, daß das aufzuhebende Recht unmittelbar oder mittelbar mit dem Rechte eines Dritten belastet ist, noch der Zustimmung des Dritten. Die Gerechtigkeit, für die der Kläger Entschädigung beansprucht, bestand bereits vor dem 1. Januar 1900, und sie war nicht im Grundbuche eingetragen. Mit Rücksicht hierauf hat das Berufungsgericht jene Vorschrift des BGB. nicht für anwendbar erachtet. Gestützt ist diese Ansicht auf Art. 189 Abs. 3 EG. z. BGB. Demgegenüber macht die Revision geltend, daß durch die Vorschrift des Art. 189 Abs. 3 für die Aufhebung der Grundgerechtigkeit nur das eine Erfordernis beseitigt sei, nämlich die Löschung im Grundbuche, nicht aber auch das andere Erfordernis, die Zustimmung der in § 876 BGB. bezeichneten Berechtigten. Dieser Ansicht kann indessen nicht beigetreten werden. Der Wortlaut des Art. 189 Abs. 3 ergibt klar, daß für nicht eingetragene Gerechtigkeiten nicht lediglich die Löschung als Aufhebungsgrund hat beseitigt werden sollen, sondern daß es der Zweck dieser Bestimmung gewesen ist, in bezug auf die Aufhebung dieser Rechte es allgemein bei den landesgesetzlichen Vorschriften zu belassen. Allerdings ist, wie die Revision geltend macht, die Aufhebung von Grundgerechtigkeiten auch von Bedeutung für den reichsgesetzlich bestimmten Umfang des Hypothekenrechts; allein hieraus folgt nur, daß der Gesetzgeber hätte Anlaß nehmen können, dem Landesgesetze Schranken zu ziehen. Dies aber ist nicht geschehen, und deshalb ist hier die Frage, ob es für die Aufhebung der Grundgerechtigkeit der Zustimmung der zum herrschenden Grundstücke dinglich Berechtigten bedurfte, nur nach den bisherigen Vorschriften zu beurteilen. (Urt. des V. ZS. vom 12. Oktober 1907, V. 31./07).

1080. — — — n.

II.

Wenn ein Tauschvertrag über Grundstücke wegen Betrugs angefochten wird, so hängt der Anspruch des Anfechtenden auf Rückgabe des von ihm aufgelassenen Grundstücks nicht unter allen Umständen davon ab, daß er in der Lage ist, auch das von ihm empfangene Grundstück zurückzugeben. Ein Haus war gegen ein Rittergut vertauscht worden. Der Erwerber des Rittergutes focht den Vertrag wegen Betrugs an und klagte auf Rückgabe des Hauses im Wege der Auflassung. Während des Rechtsstreits wurde das Rittergut zwangsweise versteigert. Das OLG. verurteilte den Beklagten zur Vornahme der Auflassung. Die Revision wurde u. a. darauf gestützt, daß der Kläger nicht imstande sei, die von ihm empfangene Gegenleistung zurückzugewähren. Das Reichsgericht erklärte die Rüge für unbegründet.

Aus den Gründen: Dem Berufungsrichter ist darin beizutreten, daß der Anspruch auf Rückgewähr der Leistung aus einem Vertrage, der durch Betrug des Gegners veranlaßt worden ist, nicht wie beim vertragsmäßigen Rücktritt und bei der Wandelung synallagmatisch bedingt ist durch die Rückgabe des aus demselben Vertrage Empfangenen. Anderseits

ist der Revision zuzugeben, daß der Umstand, daß der Kläger eine Gegenleistung empfangen hat, für den Umfang des Rückforderungs- oder Schadensanspruchs von Bedeutung ist, mag der Anspruch aus dem Gesichtspunkte der Bereicherung (§ 812) oder der unerlaubten Handlung (§§ 823, 249 BGB.) betrachtet werden. (Vgl. RGE. Bd. 54 S. 142). Dem hat auch der Kläger dadurch Rechnung getragen, daß er mit dem Antrag auf Rückgewähr des dem Beklagten aufgelassenen Grundstücks den Antrag auf Verurteilung des Beklagten zur Entgegennahme der Auflassung der ihm übereigneten Grundstücke verbunden hat. Mit der Zwangsversteigerung dieser Grundstücke (die einen Ueberschuß für den Kläger nicht ergeben hat), fiel aber der dem Beklagten gegen den Kläger gemäß § 812 zustehende Anspruch auf Herausgabe weg (§ 818 a. a. O.); ein Geldanspruch könnte nur aus einem neuen Verpflichtungsgrunde, nämlich einem dem Beklagten gegenüber zu vertretenden Verschulden des Klägers an seine Stelle getreten sein. Ein solcher selbständiger Anspruch (Entschädigungsanspruch) aber ist von dem Beklagten nicht erhoben worden, sodaß auch von einem Zurückbehaltungsrecht des Beklagten keine Rede sein konnte, und der von der Revision wegen Verletzung des § 273 BGB. erhobene Angriff fehl geht. (Urt. des V. ZS. vom 3. Juli 1907).

1069 ———n.

III.

1. **Voraussetzungen der Feststellungsklage bei Schadensersatzansprüchen.**

2. **Mitverschulden des Radfahrers bei einem durch einen Hund veranlaßten Unfall.** K. fuhr am 11. Januar 1905 auf einem Motorrade durch den Ort H.; vor dem Hause der Witwe F. sprang ihr Hund auf das Rad zu, K. kam zu Fall und erlitt Verletzungen, von welchen er behauptete, daß sich die ihm hierdurch zugegangenen Nachteile zur Zeit der Einreichung der Klageschrift (3. Januar 1906) noch nicht übersehen ließen. Nach der Sachdarstellung des K. kam der Hund, welcher bei dem Versuche, das Rad zu fassen, von dem Vorderrade des Motors selbst gefaßt wurde, vor diesem zu Fall, und es stürzte der Kläger infolge der Hemmung des Rades über die Lenkstange zu Boden. Die von K. gegen die Witwe F. erhobene Klage erstrebt die Feststellung, daß diese als Tierhalterin verpflichtet sei, ihm den ganzen durch den Unfall entstandenen Schaden zu ersetzen. Die Beklagte bezeichnete aber die Sachdarstellung des Klägers mit der Behauptung als unrichtig, daß der Kläger selbst ihren Hund mit dem Motorrade angefahren habe; sie bestritt weiter die Zulässigkeit der Feststellungsklage und machte geltend, daß der Kläger den Unfall selbst verschuldet habe. Durch das landgerichtliche Urteil wurde festgestellt, daß die Beklagte dem Kläger den gesamten Schaden zu ersetzen habe. Die Berufung der Beklagten wurde zurückgewiesen. Die Revision hatte Erfolg.

I. Gründe: Nicht zu billigen ist die Annahme der Vorinstanzen, es bestehe ein rechtliches Interesse des Klägers sowohl daran, daß die Schadensersatzpflicht der Beklagten überhaupt festgestellt werde, als auch daran, daß die Feststellung alsbald erfolge, und zwar ersteres deshalb, weil die Beklagte auf eine Aufforderung, die Schadensersatzpflicht anzuerkennen, keine Antwort gegeben und hierdurch die Rechtslage des Klägers gefährdet habe, letzteres deshalb, weil der Heilungsprozeß noch nicht abgeschlossen sei, und aus diesem Grunde die Leistungsklage noch nicht angestellt werden könne. Der Hinweis des OLG. darauf, daß es nicht ausgeschlossen sei, die Feststellungsklage zu erheben, auch wenn die Leistungsklage möglich sei, und daß für den Kläger die Gefahr des Ablaufs der Verjährungsfrist sowie des Verlustes seines einzigen in der Aussage eines Tatzeugen bestehenden Beweismittels gegeben sei, reicht für die Anwendung des § 256 ZPO. ebensowenig aus, wie der Hinweis auf die tatsächliche Ungewißheit des klägerischen Rechtes, als deren Ursache er das Bestreiten durch die Beklagte bezeichnet. Der Kläger hat völlig unbestimmt gelassen, worin die wirtschaftlichen Nachteile bestanden, die er durch den Unfall erlitten hat; es fehlt die Angabe sowohl darüber, welchen Aufwand zum Zwecke der Heilung er bisher hat machen müssen, als auch darüber, welchen Einfluß die Erkrankung auf seine Erwerbsverhältnisse tatsächlich bisher gehabt hat, mit welcher Angabe er bei der Länge des zwischen dem Unfalle und der Klageerhebung und dann weiter bis zur Entscheidung des Berufungsgerichts liegenden Zeitraums nicht zurückhalten durfte. Denn erst von dieser Grundlage aus ließ sich ermessen, ob eine Vorausveranschlagung dessen, was ihm in Zukunft an Nachteilen für sein wirtschaftliches Fortkommen vielleicht entstehen könnte, außerhalb des Bereiches der Möglichkeit lag. Gerade auf eine solche Vorausveranschlagung aber kam es nach §§ 843 und 760 BGB. in Verbindung mit § 258 ZPO. sowohl in dem Falle an, daß es in der Absicht des Klägers lag, wegen geminderter Erwerbsfähigkeit Ansprüche zu erheben, als auch dann, wenn sein Leiden mit einer Vermehrung seiner Bedürfnisse verbunden sein sollte und er deswegen entschädigt sein will. Nun kann aber, wenn es sich um gesetzlich vorgeschriebene Vorausbestimmungen für die Zukunft handelt, ein unbedingt genaues Abtreffen des tatsächlich Richtigen auf Mark und Pfennig überhaupt nicht erwartet werden. Daraus folgt, daß die Rechtsverfolgung des Klägers sich nicht ein derartiges Ziel stellen darf, um damit den Streit wegen des Entschädigungsbetrages in eine völlig ungewisse Zeit hinauszuschieben, zumal dann nicht wenn, wie hier, ein Teil der körperlichen Schäden bereits beseitigt, das Maß der Beeinträchtigung durch den noch zurückgebliebenen Schaden sich auf einen bestimmten Prozentsatz ermitteln läßt, und wenn für die Zukunft weder eine Vergrößerung noch auch eine Verminderung dieses Nachteils mit einiger Sicherheit zu erwarten ist. Ueberdies würde der Kläger vor einer erheblichen Beeinträchtigung dadurch, daß die richterliche Vorausbestimmung von der späteren tatsächlichen Gestaltung der Verhältnisse abweicht, durch § 323 ZPO. wenigstens in dem Falle geschützt sein, daß nach Erlaß des Urteils die Voraussetzungen der Verurteilung zu seinem Nachteile sich ändern. Nach der gegenwärtigen Sachlage fehlt es an einem genügenden Anhalt sowohl für die Annahme, daß der Kläger eine sein Recht nach allen Richtungen wahrende Leistungsklage überhaupt nicht habe stellen und zur Erhebung eines Leistungsanspruchs nicht einmal im ferneren Verlaufe des Prozesses habe übergehen können, als auch dafür, daß ein besonderes rechtliches Interesse des Klägers vorhanden sei, seinen Anspruch trotz der Möglichkeit der Leistungsklage in einem ihr vorausgehenden Rechtsstreite dem Grunde nach richterlich feststellen zu lassen.

II. Hinsichtlich des Unfalls hat das OLG. festgestellt, daß der Hund der Beklagten kurze Zeit neben dem Rad einherlief und an den Pedalen „herumschnupperte“, dann aber plötzlich von der Seite aus schräg in das Rad hineinsprang, so daß der Kläger durch den Anprall des Hundes aus dem Sattel gehoben und über die Lenkstange weg zu Boden geschleudert wurde; die Behauptung des Klägers, es habe das Rad den Hund erfaßt und diesen zu Boden geworfen, wurde vom OLG. als unrichtig erachtet, ebenso die Angabe, daß der Hund unter das Rad zu liegen gekommen sei; vielmehr wurde festgestellt, daß das Rad von dem hinzuspringenden Hund umgeworfen wurde, und der Hund hierauf davongelaufen ist. Die Nichtanwendung des § 254 BGB. ist nicht bedenkenfrei; die Unterlassung ist in dem Berufungsurteile damit begründet, daß der Kläger

in ganz mäßigem Tempo gefahren sei, so daß von einer Reizung des Tieres nicht gesprochen werden könne, daß aber anderseits die Schnelligkeit der Fahrt in Verbindung mit der Plötzlichkeit und Intensität des Angriffs durch den Hund es dem Kläger unmöglich gemacht hätte, auszubiegen oder anzuhalten. Nach Annahme des Berufungsgerichts soll aber die Schnelligkeit und die Kraft der Fortbewegung immerhin so groß gewesen sein, daß der im Sattel sitzende erwachsene Mann nicht etwa mit dem Motorrad seitwärts umgeworfen wurde, wobei er vielleicht den Folgen dieses Falles durch eine geeignete Bewegung hätte vorbeugen können, sondern daß sein Körper nach vorne über die Lenkstange hinwegschnellte, als die Bewegung des Rades gehemmt wurde. Ob dies möglich war, ohne daß dabei Unvorsichtigkeit, Ungeschicklichkeit oder Unaufmerksamkeit des Fahrers mitwirkte, ist zweifelhaft. Es läßt sich das nur unter dem Gesichtspunkte der Frage entscheiden, ob in gleicher Lage jeder andere Fahrer, der sein Motorzweirad vollkommen beherrscht und der Fahrt die volle Aufmerksamkeit zuwendet, dem Angriffe eines Hundes von der Größe eines Terrier gleichfalls weder durch Ausweichen noch auch durch Schnellerfahren noch auch durch Abspringen und auch sonst in keiner anderen Weise hätte begegnen können. Träfe dies aber zu, so entstünde die weitere Frage, ob nicht schon in der Verwendung eines Kraftfahrzeuges von der Art des vom Kläger benützten Zweirades eine Unvorsichtigkeit erblickt werden müßte. Sind diese Fragen in der einen oder anderen Beziehung zuungunsten des Klägers zu beantworten, so wird zwar der ursächliche Zusammenhang zwischen dem Verhalten des Hundes und dem Körperschaden des Klägers dadurch nicht aufgehoben, das mitwirkende Verschulden des Klägers aber würde alsdann eine mindestens teilweise Befreiung der Beklagten von der Schadensersatzpflicht zur Folge haben müssen. Der Hinweis des OLG. darauf, daß der Kläger, da er eine öffentliche Straße benützte, damit habe rechnen dürfen, daß er auf seiner Fahrt nicht gehindert werde, schließt die Anwendung des § 254 BGB. nicht schlechthin aus. Angriffe von kleineren Hunden auf Fahrzeuge aller Art gehören zu den täglichen Vorkommnissen. Mag nun auch für die dadurch hervorgerufene Gefahr vorweg der Halter des Hundes gemäß § 833 a. a. O. aufzukommen haben, so nimmt ein vorsichtiger Fahrer, wenn er den Anforderungen der im Verkehr notwendigen Sorgfalt gerecht wird (§ 276 BGB.), gleichwohl darauf Bedacht, sich gegen diese Gefahr zu schützen. Benutzt er aber ein Gefährt, das in voller Fahrt, wie das des Klägers von einem Terrier umgestoßen werden kann, so wird er um dieser Gefahr willen um so größere Vorsicht anwenden und wird sich um so weniger nur darauf verlassen dürfen, daß allenthalben auf seinem Wege eine strenge Bewachung der Hunde stattfindet. (Urt. des IV. ZS. vom 19. September 1907).

1074 — — cht — —

B. Strafsachen.

Idealkonkurrenz zwischen Aussetzung und fahrlässiger Tötung. Die Angeklagte ist wegen Verbrechens nach § 221 StGB. in Idealkonkurrenz mit Vergehen nach § 222 StGB. verurteilt. Ihre Revision erachtet es für ausgeschlossen, daß die Angeklagte ein und dieselbe Handlung einmal als eine vorsätzliche nach § 221 StGB. und einmal als eine fahrlässige nach § 222 StGB. begangen habe; es läge daher ein in sich widersprechender Wahrspruch der Geschworenen vor. Die Revision geht fehl. Die Aufstellung, es könne nicht durch eine Handlung eine vorsätzliche und eine fahrlässige Handlung begangen werden, ist offensichtlich unhaltbar. Auch hier ist die Idealkonkurrenz nicht ausgeschlossen. Wenn zum subjektiven Tatbestande des § 221 StGB. das Bewußtsein des Täters gehört, daß die auszusetzende Person an der Gesundheit oder am Leben gefährdet werde (RGE. Bd. 7 S. 111, Bd. 25 S. 322), so ist die Annahme möglich, daß die Angeklagte in ihren Vorstellungskreis nur die Gefährdung der Gesundheit des Kindes aufnahm. Hatte dann die Aussetzung den Tod des Kindes zur Folge, so hat die Angeklagte den Tod durch Fahrlässigkeit verursacht, wenn sie diese Folge, die sie nicht vorausgesehen hatte, hätte voraussehen sollen und können. Die Vorschrift des § 221 Abs. 3 StGB. steht nicht entgegen, da diese nicht den subjektiven Tatbestand berührt, sondern nur den ursächlichen Zusammenhang zwischen der Tat und dem eingetretenen Erfolge betrifft. Der von der Revision gerügte Widerspruch besteht sohin nicht. Damit ist der auf die Verletzung des § 309 StPO. gestützte Revisionsangriff erledigt. (Urt. d. FS. vom 23. Juli 1907, 5 D 525/07). — — — e —

1060.

Oberstes Landesgericht.

A. Zivilsachen.

I.

Richtpunkte für die Auslegung eines unter der Herrschaft des französischen Rechts errichteten Testaments, in dem der nach dem Inkrafttreten des BGB. verstorbene Erblasser zugunsten seines Ehegatten verfügt hat (**Code civil art. 1094; EG. z. BGB. Art. 124; BGB. §§ 133, 2088, 1931**). Die am 1. Februar 1907 verstorbene Gärtnersfrau Magdalena H. in K. hat in ihrem am 30. August 1894 in notarieller Urkunde errichteten Testamente folgende Bestimmungen getroffen:

„Auf den Fall (daß) ich vor meinem Ehemann Josef H. versterben sollte, vermache ich demselben aus meinem Nachlaß Alles auf eigen und zur Nutznießung, was das Gesetz erlaubt. Wer von meinen Kindern etwa Gegenwärtiges angreifen sollte, wird auf den Pflichtteil gesetzt."

Die Erblasserin hat ihren Ehemann Josef H. und acht Kinder hinterlassen. Der Witwer gibt dem Testamente die Auslegung, daß er der alleinige Erbe sei, und beruft sich darauf, daß die Erblasserin mit ihm der Ansicht gewesen sei, daß das Testament seit dem Inkrafttreten des BGB. im Sinne des neuen Rechtes auszulegen sei, und nur aus diesem Grunde davon abgesehen habe, in einem neuen Testament ihn als alleinigen Erben einzusetzen; die Kinder nehmen ¾ des Nachlasses für sich in Anspruch und erkennen den Vater nur als Miterben zu ¼ des Nachlasses und mit dem Nießbrauch an einem weiteren Vierteile bedacht an. Fünf Kinder haben an das Nachlaßgericht den Antrag gestellt, ihnen einen Erbschein zu erteilen. Das Nachlaßgericht hat den Antrag zurückgewiesen, weil es den Witwer als den alleinigen Erben ansah. Auf Beschwerde der Antragsteller hat das Landgericht die Verfügung des Nachlaßgerichts aufgehoben und dieses angewiesen, den beantragten Erbschein zu erteilen. Das Beschwerdegericht fand in der Testamentsbestimmung eine Bezugnahme auf die zur Zeit der Errichtung des Testaments in Geltung gewesenen Vorschrift des Art. 1094 Code civil und verstand sie im Sinne dieser Vorschrift dahin, daß der Witwer ¼ des Nachlasses als Erbe und an einem weiteren Vierteile den Nießbrauch erhalten, das Erbrecht der Kinder aber nicht weiter geschmälert werden soll. Das Oberste Landesgericht hat die weitere Beschwerde des Witwers zurückgewiesen.

Gründe: Da die Erblasserin nach dem Inkrafttreten des BGB. gestorben ist, so sind nach Art. 214 EG z. BGB. die Vorschriften des früheren Rechtes nur insoweit, als es sich um die Errichtung der letztwilligen Verfügung handelt, in allen übrigen Beziehungen

aber die Vorschriften des BGB. maßgebend. Nach § 133 BGB. ist es die Aufgabe der Auslegung, den wirklichen Willen des Erblassers zu erforschen. Hat der Erblasser in seiner Verfügung auf eine bestimmte Vorschrift des früheren Rechtes Bezug genommen, so ist seine Verfügung in dem Sinne zu verstehen. der sich aus der Bezugnahme ergibt. Für den Inhalt der Verfügung ist es ohne Belang, welche Ausdrucksform der Erblasser gewählt hat, ob er dem, was er sagen wollte, unmittelbaren Ausdruck gegeben oder auf eine bestehende Vorschrift verwiesen hat. Aus dem Gebrauch einer solchen Verweisung kann nicht gefolgert werden, daß der Erblasser mit der Möglichkeit einer Aenderung des Gesetzes gerechnet und für diesen Fall dasjenige gewollt habe, was das künftige Gesetz bestimmen wird (Vgl. Rspr. d. OLG. Bd. 3 S. 257). Hier hat die Erblasserin dadurch, daß sie ihrem Manne „auf eigen und zur Nutznießung" so viel zugewendet hat, „als das Gesetz erlaubt", unverkennbar auf die Vorschrift des Art. 1094 Code civil hingewiesen, der beim Vorhandensein von Kindern dem Ehegatten nur gestattete, dem anderen Ehegatten 1/4 des Vermögens zu Eigentum und 1/4 zur Nutznießung unter Lebenden oder auf den Todesfall zuzuwenden, und durch die Bestimmung, daß diejenigen von den Kindern, welche das Testament angreifen würden, auf den Pflichtteil beschränkt sein sollen, klar zu erkennen gegeben, daß sie nicht daran dachte, sämtlichen Kindern von vorneherein nicht mehr als den Pflichtteil zu hinterlassen. Das Beschwerdegericht ist daher bei der Auslegung des Testaments von richtigen Anschauungen ausgegangen. Da die Erblasserin nur ihren Ehemann als Erben eingesetzt hat und die Einsetzung auf 1/4 des Nachlasses beschränkt ist, so ist nach dem § 2088 Abs. 1 BGB. in Ansehung des übrigen Teiles die gesetzliche Erbfolge eingetreten, bei der nach dem § 1931 BGB. der überlebende Ehegatte neben Verwandten der ersten Ordnung zu 1/4 der Erbschaft berufen ist. Nach dieser Vorschrift würden dem Beschwerdeführer noch weitere 3/16 des Nachlasses gebühren. Die Erblasserin hat allerdings durch ihre Verfügung das Erbrecht der Kinder nicht weiter schmälern wollen, als der Art. 1094 Code civil gestattete, aber sie hat auch nicht daran gedacht, eine Bestimmung zu treffen, durch die der Mann in Gemäßheit des § 1938 BGB. von der gesetzlichen Erbfolge ausgeschlossen wurde, weil ihm ja nach dem früheren Rechte, dessen Vorschriften sie ihrer Verfügung zugrunde gelegt hat, ein gesetzliches Erbrecht nicht zustand. Gleichwohl muß dem Beschwerdegericht auch darin zugestimmt werden, daß der Beschwerdeführer nicht zu weiteren 3/16 des Nachlasses Erbe geworden ist. Die Zuwendung, die die Erblasserin ihrem Manne gemacht hat, hat denselben Zweck wie das gesetzliche Erbrecht, das das BGB. dem überlebenden Ehegatten gewährt, sie sollte das mangelnde gesetzliche Erbrecht ersetzen, und der Mann erhält durch sie mehr, als er nach dem § 1931 BGB. erhalten würde. Hätte die Erblasserin das Testament unter der Herrschaft des BGB. errichtet, so würde, auch wenn sie von dem gesetzlichen Erbrechte des Mannes keine Kenntnis gehabt hätte, die Gleichheit des Zweckes die Folgerung rechtfertigen, daß der Mann die Zuwendung nicht neben dem gesetzlichen Erbrechte sondern an dessen Stelle erhalten, daß er kraft des Gesetzes Erbe nur werden solle, wenn er die Zuwendung ausschlägt (vgl. Planck-Strohal, Komm. z. BGB. 3. Aufl. Bd. 5 S. 382). In demselben Sinne ist die vor dem Inkrafttreten des BGB. getroffene Verfügung zu verstehen, bei deren Errichtung die Frau an ein gesetzliches Erbrecht des Mannes nicht gedacht hat. (Vgl. Neue Samml. v. Entsch. d. OLG. Bd. 6 S. 506, Rechtspr. d. OLG. Bd. 2 S. 114, Bd. 4 S. 133). Aus diesen Gründen ist die weitere Beschwerde als unbegründet zurückzuweisen. (Beschluß des I. ZS. v. 18. September 1907. Rep. III 64/1907). W.

1072

II.

Das Bestehen einer Gesellschafts-Firma, die den Vor- und Zunamen eines Gesellschafters und einen das Gesellschaftsverhältnis bezeichnenden gesetzlichen Zusatz enthält und in das Handelsregister eingetragen ist, hindert einen Einzelkaufmann mit demselben Vor- und Zunamen nicht, am gleichen Orte seinen Vor- und Zunamen als neue Firma zu führen. Ob die Firmenführung nach § 8 des Ges. zur Bek. des unlautern Wettbewerbs zu beanstanden ist, kann nur im Rechtswege, nicht vom Registergericht entschieden werden (HGB. §§ 30, 19, 18, 37; FGG. § 140). Der Kaufmann Adolf L. in M., über dessen Vermögen der Konkurs eröffnet war, verkaufte mit Zustimmung des Konkursverwalters sein Geschäft in M., das den Vertrieb von Gas-, Wasser- und Dampfarmaturen zum Gegenstande hatte, mit dem Rechte der Fortführung der Firma „Adolf L." an die Landwirtschaftsbank K., Gen. m. u. H., in K. Die Genossenschaft schloß mit Adolf L. einen notariell beurkundeten Vertrag über die Gründung einer Gesellschaft m. b. H. unter der Firma „Adolf L. G. m. b. H." mit dem Sitze in M. Die Gesellschaft übernahm von der Genossenschaft das vormals L.sche Geschäft, die dafür bestimmte Vergütung wurde auf die Stammeinlage der Genossenschaft angerechnet. Adolf L. wurde als Geschäftsführer bestimmt, infolge von Streitigkeiten aber bald abberufen. Später machte Adolf L. durch ein gedrucktes Rundschreiben, das die Aufschrift trägt „Adolf L. in M., H.-W.-straße 29. Erstklassige Bezugsquelle für sämtliche Artikel der Gas-, Wasser- und Dampfarmaturenbranche", bekannt, daß er mit der Firma „Adolf L. G. m. b. H." nicht mehr in geschäftlichen Beziehungen stehe und die Generalvertretung einer Anzahl nichtbayerischer Firmen für Bayern übernommen habe. Hierauf ließ die Gesellschaft bei dem Registergerichte den Antrag stellen, Adolf L. aufzugeben, sich des gegen den § 30 Abs. 2 HGB. verstoßenden Gebrauchs der Firma Adolf L. zu enthalten oder binnen einer zu bestimmenden Frist den Gebrauch der Firma mittels Einspruchs gegen die Verfügung zu rechtfertigen und gegebenenfalls eine Ordnungsstrafe festzusetzen. Das Registergericht hat den Antrag zurückgewiesen, weil die Firma „Adolf L." sich von der Firma „Adolf L. G. m. b. H." deutlich unterscheide, Adolf L. auch nicht die Möglichkeit habe, eine andere Firma zu führen. Die Beschwerde der Gesellschaft wurde zurückgewiesen. Das ObLG. hat auch die weitere Beschwerde der Gesellschaft zurückgewiesen.

Gründe: Nach § 30 Abs. 1 HGB. muß sich jede neue Firma von allen an demselben Orte oder in derselben Gemeinde bereits bestehenden und in das Handelsregister eingetragenen Firmen deutlich unterscheiden. Die Entscheidung der Frage, ob dem Kaufmann Adolf L. die Führung der dem § 18 Abs. 1 HGB. entsprechenden Firma „Adolf L." gestattet ist oder ob er ihr nach § 30 Abs. 2 HGB. einen Zusatz beifügen muß, hängt hiernach davon ab, ob seine Firma sich von der Firma „Adolf L. G. m. b. H." deutlich unterscheidet, die zur Zeit des Beginns seines Geschäftsbetriebs schon bestand und in das Handelsregister eingetragen war. Es kann dahin gestellt bleiben, ob der Ansicht des OLG. Karlsruhe beizustimmen ist, daß bei übereinstimmenden Gesellschaftsfirmen eine deutliche Unterscheidung darin nicht zu finden sei, daß die eine Firma einen die Art des Gesellschaftsverhältnisses (Aktiengesellschaft, Gesellschaft m. b. H.) bezeichnenden Zusatz enthält (vgl. Staub, HGB. 8. Aufl. Bd. I S. 180, Recht 1902 S. 440 Nr. 2100). Denn hier enthält die Firma der Gesellschaft nicht nur die in § 4 Abs. 2 GmbHG. vorgeschriebene zusätzliche Bezeichnung „m. b. H.", sondern sie kennzeichnet sich dadurch als Gesellschaftsfirma, daß sie der Vorschrift des § 4 Abs. 1 gemäß auch das das Vorhandensein eines Gesellschaftsverhältnisses andeutende Wort „Gesellschaft" enthält, während

der Kaufmann Adolf L. nur diesen Namen als Firma führt. Sowohl das Wort „Gesellschaft“ als der die beschränkte Haftung betreffende Zusatz sind „wirkliche Teile der Firma selbst“ (RG. Bd. 29 S. 60). Die Gesellschaft ist nicht berechtigt, den Namen Adolf L. ohne diese Zusätze als Firma zu gebrauchen, der Name allein ist nicht ihre Firma und kann es nicht sein. Darin, daß die ältere Firma sich als Gesellschaftsfirma kennzeichnet, die jüngere sich als die Firma eines Einzelkaufmanns darstellt, liegt eine Verschiedenheit, die zu einer deutlichen Unterscheidung im Sinne des § 30 Abs. 1 HGB. ausreicht. Warum der das Gesellschaftsverhältnis andeutende Zusatz „Gesellschaft“ dazu weniger geeignet sein soll als der nach § 19 Abs. 1, 2 HGB. in die Firma einer offenen Handelsgesellschaft oder einer Kommanditgesellschaft aufgenommene Zusatz „u. Cie.“ ist nicht verständlich. Der § 30 Abs. 1 HGB. erfordert die deutliche Unterscheidung nur für die Firma, er verlangt nicht, daß die Firmen sich auch dann noch deutlich unterscheiden, wenn die eine oder beide in willkürlich veränderter Form gebraucht werden. Für die Anwendung des § 30 Abs. 1 HGB. ist es deshalb belanglos, wenn Personen, die Zuschriften an die Gesellschaft richten, sich mit der Angabe des Namens „Adolf L.“ begnügen, die ihnen ausreichend erscheinen mag, weil ihnen das Bestehen einer Firma „Adolf L.“ nicht bekannt ist. Das Recht des Kaufmanns Adolf L., seinen Namen als seine Firma zu gebrauchen, wird nicht dadurch beschränkt, daß dritte Personen sich zur Bezeichnung der Gesellschaft einer verstümmelten Form der Gesellschaftsfirma bedienen.

Das Ordnungsstrafverfahren findet nach dem § 37 HGB. und dem § 140 FGG. nur zu dem Zwecke statt, denjenigen zur Unterlassung des Gebrauchs der Firma anzuhalten, der eine nach den Vorschriften des 3. Abschnitts des 1. Buches des HGB. ihm nicht zustehende Firma gebraucht. Benutzt ein Kaufmann die ihm nach den Vorschriften des HGB. zustehende Firma mißbräuchlich in einer Weise, die darauf berechnet und geeignet ist, Verwechslungen mit der Firma eines anderen hervorzurufen, so kann er nach dem § 8 UWG. im Rechtswege dazu angehalten werden, die mißbräuchliche Art der Benutzung, und wenn der ganze Gebrauch der Firma mißbräuchlich ist, den Gebrauch dieser Firma zu unterlassen. Aber das Registergericht hat nicht im Wege des Ordnungsstrafverfahrens einzuschreiten; zur Feststellung der Absicht, Verwechslungen mit der Firma eines anderen hervorzurufen, ist das Ordnungsstrafverfahren nicht bestimmt. (Beschl. des FZS. vom 6. Sept. 1907; Reg. III 60/07). W.

1064

III.

Nach Art. 116 GebG. in der Fassung der Novelle vom 20. August 1906 sind die Eintragungen in die erste Abteilung des Grundbuchs in der Pfalz gebührenfrei.

Aus den Gründen: In dem Entwurfe des Ges. vom 20. August 1906 lautete die als 2. Abs. des Art. 116 vorgeschlagene Vorschrift: „Die Eintragungen in den Titel des Grundbuchblatts sind gebührenfrei.“ In der Begründung des Art. I Ziff. 11 des Entwurfes (Verh. d. K. d. Abg. 1905/06 Beil.-Bd. 2 S. 86, 87) ist bemerkt, der Titel des Grundbuchblattes sei hauptsächlich dazu bestimmt, die Bezeichnung der Grundstücke und die zu ihrer Beschreibung dienenden Angaben aufzunehmen. Die ordnungsmäßige Führung des Grundbuchs setze voraus, daß diese Angaben mit dem natürlichen Zustande der Grundstücke und mit ihrer Bezeichnung und Beschreibung im Grundsteuerkataster übereinstimmen. Die Nachteile zu vermeiden, die den Beteiligten daraus entstehen können, daß infolge des Eintritts von Aenderungen die im Grundbuch enthaltenen Angaben unrichtig werden, liege im öffentlichen Interesse. Es sei deshalb geboten, alle Eintragungen, die die Erhaltung der Uebereinstimmung des Grundbuchs mit dem Grundsteuerkataster und mit dem natürlichen Zustande der Grundstücke zum Gegenstande haben, auch dann gebührenfrei zu lassen, wenn sie auf Antrag der Beteiligten erfolgen. Im 2. Absatze der Begründung aber ist bemerkt, außer den angeführten Eintragungen seien noch einige andere, wie die Zuschreibung und die Vereinigung von Grundstücken nach § 890 BGB., in den Titel des Grundbuchblattes aufzunehmen. Diese seien jedoch von untergeordneter Bedeutung. Es sei deshalb zur Vermeidung von Mißverständnissen angezeigt, „von einer Unterscheidung der Eintragungen im Titel bezüglich der Gebührenpflicht abzusehen und schlechthin alle Eintragungen im Titel gebührenfrei zu belassen“. Hieraus geht hervor, daß dem Entwurfe die Absicht zugrunde lag, auch jederlei Eintragung anderer als der im 1. Abs. der Begründung bezeichneten Art im Titel des Grundbuchblattes gebührenfrei zu lassen, insbesondere auch die Eintragung von Grundstücken, für die das Grundbuchblatt ursprünglich nicht bestimmt war, in das die Eintragung zu machen ist. Auf das Grundbuch der Pfalz würde die Vorschrift in der Fassung des Entwurfs nicht gepaßt haben, weil dort die Grundstücke nicht wie im rechtsrheinischen Bayern in den Titel des Grundbuchblattes sondern in die 1. Abteilung des Blattes eingetragen werden und der Titel des Blattes zur Eintragung des Eigentümers dient (Bek. des StM. der Justiz vom 14. September 1898 Nr. 206, 207 und das Formular und Muster XXX, JMBl. S. 315 ff.). Bei der Beratung des Entwurfes im Ausschusse der K. d. Abg. wurde deshalb auf Anregung der Staatsregierung beschlossen, wegen der besonderen Art der Einrichtung des Grundbuchs in der Pfalz die Vorschrift dahin zu ändern, daß die Eintragungen, „in den Teil des Grundbuchblatts, welcher zur Eintragung des Grundstücks bestimmt ist“, gebührenfrei sind. Der Berichterstatter des Ausschusses bemerkte bei dem Vortrage in der Abgeordnetenkammer, es handle sich nur um eine formelle Aenderung. Die Kammer stimmte der vom Ausschusse vorgeschlagenen Aenderung zu (Verh. d. K. d. Abg. 1905/06 Beil.-Bd. 3 S. 300). In dem an den I und II. Ausschuß d. K. d. Reichsr. erstatteten Referate beantragte der Berichterstatter die Zustimmung zu der von der K. d. Abg. beschlossenen Fassung. Die Aenderung der Fassung sei durch die in der Pfalz bestehende andere Art der Einrichtung des Grundbuchs veranlaßt; durch die neue Fassung des Art. 116 Abs. 2 würden nun auch die Einschreibungen in die 1. Abteilung des Grundbuchblattes in der Pfalz gebührenfrei gelassen. Die Ausschüsse stimmten dem Antrage des Berichterstatters zu, und nach ihrem Antrage trat auch das Plenum der K. d. Reichsr. dem Beschlusse der K. d. Abg. bei (Verh. d. K. d. Reichsr. 1905/06 Beil.-Bd. S 824, 898, 931). Bestimmter und unzweideutiger, als es durch die Fassung des Abs. 2 geschehen ist, hätte die Absicht nicht ausgedrückt werden können, eine Vorschrift zu geben, die Ausnahmen jeder Art schlechthin ausschließt. Sehr verschieden ist allerdings die Wirkung, die die Vorschrift in der Pfalz hat, von der, die sie bei der Führung des Grundbuchs in den rechtsrheinischen Landesteilen äußert. Während hier diejenigen Eintragungen in den Titel des Grundbuchblattes, von denen der 2. Abs. der Begründung des Art. I Ziff. 11 des Entwurfes des Ges. vom 20. August 1906 handelt, an Zahl weit zurückstehen hinter den Eintragungen, die die Bezeichnung und Beschreibung der Grundstücke zum Gegenstande haben, bilden für die Führung des Grundbuchs in der Pfalz die Eintragungen, die wegen der Aenderung der Person des Eigentümers zu erfolgen haben, sei es daß ein Grundstück dem Grundbuchblatte des Eigentümers zugeschrieben oder davon abgeschrieben wird, den Hauptfall der Eintragungen in die 1. Abteilung des Blattes. Insofern ist die

Aenderung, die an der Vorschrift im Art. I Ziff. 11 des Gesetzentwurfes vorgenommen wurde, nicht bloß formell sondern auch von sachlicher Bedeutung. Ob die Verschiedenheit der Wirkung erörtert worden ist, als im Ausschusse der K. d. Abg. über die Anpassung der Vorschrift des Entwurfes an die Einrichtung des Grundbuchs der Pfalz beraten wurde, geht aus den Aktenstücken über die Beratung nicht hervor, ist übrigens belanglos. Die nach dem Entwurf auf die Führung des Grundbuchs in den rechtsrheinischen Landesteilen beschränkt gewesene, von jeder Unterscheidung der Eintragungen in den Titel des Grundbuchblattes absehende Vorschrift wurde im Gesetz auf das Grundbuch der Pfalz ausgedehnt, ohne daß ihre Anwendbarkeit auf die Eintragungen in die 1. Abteilung des dortigen Grundbuchblattes durch irgend eine Ausnahme eingeschränkt wurde. Als bei der Beratung in den Ausschüssen der K. d. Reichsr. der Berichterstatter ebenso wie in dem von ihm erstatteten Referat ausdrücklich betonte, daß durch die Aenderung des Art. 116 Abs. 2 auch „die Einschreibungen" in die 1. Abteilung des pfälzischen Grundbuchblattes gebührenfrei gelassen werden, wurde von keiner andern Seite seiner Auffassung entgegengetreten. (Beschluß des FerienZS. vom 26. August 1907, Reg. V 14/1907).

1051 W.

IV.

In Gebührensachen muß die Beschwerdeschrift, durch die ein Rechtsanwalt weitere Beschwerde einlegt, von diesem eigenhändig unterzeichnet werden. (GebG. Art. 46).

Aus den Gründen: Gemäß Art. 49 Abs. 3 Satz 2 GebG. muß die Beschwerdeschrift von einem Rechtsanwalt „unterzeichnet" sein. Der Ausdruck „unterzeichnet" ist gleichbedeutend mit dem Ausdruck „unterschrieben". Das Gesetz fordert demnach die eigenhändige Namensunterschrift des Rechtsanwalts. Nur diese Art der „Unterzeichnung" bietet eine Garantie für die Tatsache der Vollendung („Perfektion") des Schriftstücks und dafür, daß der Rechtsanwalt dieses nach Form und Inhalt als „Beschwerdeschrift" gelten lassen will. Der erkennbare Zweck der Vorschrift würde mit Sicherheit nicht erreicht werden können, wenn auch eine bloß auf mechanische Weise hergestellte Namensbezeichnung zugelassen würde, da die Möglichkeit des Mißbrauchs durch einen Unbefugten nahe liegt. Daß das Erfordernis eigenhändiger Namensunterschrift vom Gesetz aufgestellt ist, ergibt sich auch bei Heranziehung der einschlägigen Vorschriften der ZPO., insoweit es sich um die Unterzeichnung der Urschriften der sogenannten bestimmenden vorbereitenden Schriftsätze, insbesondere der eine Rechtsmitteleinlegung enthaltenden handelt. Die Sollvorschrift des § 130 Nr. 6 ZPO. verwandelt sich in diesen Fällen in eine gebietende (s. z. B. § 569 Abs. 2). Die Vorschriften der ZPO. über die Form der Beschwerdeschrift müssen aber bei Auslegung des Art. 49 Abs. 3 GebG. entsprechende und ergänzende Anwendung finden, weil, wie in einer ständigen Rechtsprechung des Obersten Landgerichts anerkannt ist, das Verfahren auf Beschwerde ein nur durch Sondervorschriften geordnetes Streitverfahren bildet, auch wenn der Streit die Schuld der Gebühr für eine Angelegenheit der freiwilligen Gerichtsbarkeit betrifft. Bestimmungen des bürgerlichen Rechtes kommen für die Entscheidung der Frage über die erforderliche Art der Unterzeichnung der Beschwerdeschrift nicht in Betracht; ihre Anwendung würde indes zu dem nämlichen Ergebnisse führen (BGB. § 126, von dessen Vorschrift der § 793 Abs. 2 Satz 2 nur eine besondere Ausnahme bildet). (Beschluß des II. ZS. v. 1. Oktober 1907, Reg. V 22/07).

W.

1067

V.

Grundbuchberichtigung in Enteignungssachen. Beurkundungen durch die Distriktsverwaltungsbehörde. Kosten des Beschwerdeverfahrens in Grundbuchsachen (Zwangsabtretungsges. von 1837 Art. XVII und I A, b mit Art. 26 und 22 AG. z. ZPO. und KO.; §§ 29, 39 GBO.; Art. 131 AG. z. BGB.).[1] Vom Staatsministerium des Innern wurde der Aktiengesellschaft der N.-Bahnen das Recht zur Enteignung der für die Erbauung einer Hauptbahn von M. nach S. erforderlichen Grundstücke erteilt. Zur Verhandlung über die Abtretung des in der Steuergemeinde D.-O. zu enteignenden unter Grundbuchrecht stehenden Grundbesitzes wurden vom Bezirksamte R. mehrere Termine abgehalten. Im Termine vom 29. Dezember 1904 kam zwischen dem Vertreter der Aktiengesellschaft und mehreren Eigentümern eine Einigung zustande. Die Eigentümer traten Teile von Grundstücken, die in einem dem Protokolle beigehefteten Verzeichnisse aufgeführt waren, an die Aktiengesellschaft ab. Als Entgelt wurden einzelne Beträge angegeben, die als vereinbarte Enteignungsentschädigungen bezeichnet wurden. Die Aktiengesellschaft verpflichtete sich, die Entschädigungen zu zahlen, sobald das hypothekenfreie Eigentum der Abtretungspflichtigen nachgewiesen sei. Beide Teile erklärten ihr Einverständnis, daß das Eigentum der Grundstücksteile auf die Aktiengesellschaft übergehen solle, und bewilligten und beantragten die Eintragung der Rechtsänderung in das Grundbuch. In dieser Weise haben unter anderen die Abtretung erklärt: Elisabeth N. für sich und als Vertreterin ihres Mannes, Friedrich O. in St. als bevollmächtigter Vertreter seiner Frau Katharina O., Johann Georg St. in O. im eigenen Namen und als bevollmächtigter Vertreter seines Sohnes Johann St. in J. In den Vollmachtsurkunden sind die Unterschriften der Vollmachtgeber teils von bayerischen teils von preußischen Gemeindebeamten beglaubigt. Mit Helene P. und deren Ehemanne Philipp P. in N. ist im Termine vom 29. Dezember 1904 gleichfalls eine Einigung über die Abtretung von Teilflächen zustandegekommen. Dabei verpflichtete sich die Gesellschaft, von den Eheleuten P. noch einen Grundstreifen von 1,20 m Breite zu erwerben. „Zum Vollzuge der im Protokolle vom 29. Dezember 1904 getroffenen Vereinbarung" erklärten die Eheleute P. am 25. Mai 1906 vor dem Bezirksamte R. in Gegenwart des Vertreters der Aktiengesellschaft, daß sie aus den Grundstücken Plan-Nr. 2184, 2186 und 2203 Flächen von bestimmtem Umfange gegen Zahlung von 348 Mk. „unter den Bedingungen des Protokolls vom 29. Dezember 1904 abtreten"; der Vertreter der Aktiengesellschaft erklärte, daß er „alles Vorstehende annehme". Die Aktiengesellschaft hat die vereinbarten Entschädigungen gezahlt. Die Direktion der N.-Bahnen stellte an das Bezirksamt R. den Antrag, die Berichtigung des Grundbuchs zu veranlassen; das Bezirksamt übermittelte den Antrag nebst den Protokollen und den Auszügen aus den Messungsverzeichnissen dem Grundbuchamte. Dieses machte die Berichtigung des Grundbuchs in Ansehung der von Elisabeth N., Friedrich O. und Johann Georg St. abgetretenen Grundflächen von der Vorlegung der Vorschrift des § 29 GBO. entsprechender Vollmachten und in Ansehung der von den Eheleuten P. am 25. Mai 1906 abgetretenen Teilflächen von der Auflassung abhängig, die in dem bezirksamtlichen Protokolle nicht erklärt sei. Die Direktion legte Beschwerde ein und machte geltend, sie habe ihren Antrag nicht auf rechtsgeschäftlichen Eigentumserwerb sondern auf Enteignung gestützt, durch die vorsichtshalber vereinbarte Auflassung habe sie nicht auf das Enteignungsrecht verzichtet. Das Grundbuchamt habe sich deshalb auf die Prüfung der Frage

[1] Vgl. auch Jahrgang 1905 S. 365, 452.

beschränken müssen, ob die Voraussetzungen der Enteignung vorliegen; dabei habe es nicht selbständig zu prüfen gehabt, ob das Enteignungsverfahren vorschriftsmäßig durchgeführt sei, die Verantwortung dafür trage das Bezirksamt. Dieses habe sich mit den nicht öffentlich beglaubigten Vollmachten begnügt und den Berichtigungsantrag der Direktion mit den erforderlichen Belegen an das Grundbuchamt geleitet. Damit seien die Voraussetzungen für die Berichtigung des Grundbuchs erfüllt. Das LG. hat der Beschwerde teilweise stattgegeben, sie aber in Ansehung der Abtretungen durch die Eheleute P. zurückgewiesen und der Beschwerdeführerin ⅓ der Kosten des Beschwerdeverfahrens auferlegt. Es legte die Bestimmungen des Protokolls vom 29. Dezember 1904 dahin aus, daß nicht Enteignungen stattgefunden haben sondern Kaufverträge und Auflassungen vereinbart worden seien, billigte die Anschauung des Grundbuchamts, daß die Vollmacht der Vertreter der abtretenden Eigentümer in der im § 29 GBO. vorgeschriebenen Weise nachzuweisen sei, und trat dem Grundbuchamt auch darin bei, daß das bezirksamtliche Protokoll vom 25. Mai 1906 einen mit den Eheleuten P. geschlossenen Kaufvertrag, aber nicht auch die Auflassung enthalte. Auf die weitere Beschwerde der Eisenbahngesellschaft wurden die Entscheidungen der Vorinstanzen in Ansehung der Pl.-Nr. 2184, 2186 und 2203 aufgehoben, insoweit das Grundbuchamt zu anderweitiger Verfügung angewiesen und im übrigen die weitere Beschwerde zurückgewiesen.

Gründe: Die Beschwerdeführerin geht von einer unrichtigen Auffassung der Stellung der Distriktsverwaltungsbehörde in dem Enteignungsverfahren aus. Ihre Aufgabe beschränkt sich, wenn in dem Verfahren eine Einigung über die Abtretungspflicht und die Entschädigung zustande kommt, nach Art. XVII des Ges. vom 17. November 1837 und Art. 26 AG. z. ZPO. und KO. auf die Beurkundung der Einigung. Sie ist nicht berufen, mit Wirksamkeit für und gegen jedermann festzustellen, daß die Enteignung vollzogen ist oder nur noch von der Zahlung der Entschädigung abhängt; es ist ihr auch nicht die Befugnis eingeräumt, im Sinne des § 39 GBO. das Grundbuchamt um die Berichtigung des Grundbuchs zu ersuchen. Ein solches Ersuchen hat sie auch dann nicht zu stellen, wenn sie nach Art. 22 Satz 2 AG. z. ZPO. und KO. zugunsten des Staates die sofortige Enteignung vor der gerichtlichen Entscheidung über den Betrag der Entschädigung verfügt. In diesem Falle soll sie nach § 12 der Bek. des StM. der Finanzen vom 23. Februar 1905, die Fortführung des Grundsteuerkatasters betr. (FMBl. S. 39), den Antrag auf Berichtigung des Grundbuchs entgegennehmen und ihn mit den erforderlichen Behelfen an das Grundbuchamt abgeben, die Berichtigung des Grundbuchs erfolgt aber nicht auf Grund ihres Ersuchens sondern auf Grund der mitgeteilten Behelfe. Das Grundbuchamt hat daher selbständig zu prüfen, ob die Enteignung vollzogen ist, und zu diesem Behufe muß ihm nachgewiesen werden, daß die Voraussetzungen der Enteignung erfüllt sind. Der Nachweis ist in der im § 29 GBO. vorgeschriebenen Weise zu erbringen, auf eine andere Beweisführung hat sich das Grundbuchamt auch im Falle der Enteignung nicht einzulassen. Ist der Abtretungspflichtige bei der Einigung über die Abtretungspflicht und die Entschädigung durch einen Bevollmächtigten vertreten worden, so muß die Vollmacht öffentlich beurkundet oder öffentlich beglaubigt sein, auch wenn die Distriktsverwaltungsbehörde sich in ihrem Wirkungskreise mit einer nicht oder nicht wirksam beglaubigten Vollmachtsurkunde begnügt hat. Da der Enteignungsberechtigte nach Art. I A, b des Ges. vom 17. November 1837 das Eigentum erst mit Leistung voller Entschädigung erlangt, muß auch die Befriedigung des Entschädigungsberechtigten durch öffentlich beurkundete oder öffentlich beglaubigte Erklärungen nachgewiesen werden.

Einfacher gestaltet sich die Antragstellung, wenn die Beteiligten das Uebertragungsgeschäft des bürgerlichen Rechtes, die Auflassung, vornehmen, was nach Art. 26 AG. z. ZPO. und KO. vor der für das Enteignungsverfahren zuständigen Behörde geschehen kann. Das Grundbuchamt hat es dann nur mit der Auflassung zu tun, die Feststellung und Berichtigung der Entschädigung ist nicht Gegenstand seiner Prüfung. Im Falle des Einverständnisses der Beteiligten wird deshalb regelmäßig von der durch den Art. 26 gebotenen Möglichkeit Gebrauch gemacht. Hier konnten die Vorinstanzen aus den Bestimmungen des Protokolls vom 29. Dezember 1904, die freilich eine klare Unterscheidung zwischen Enteignung und Erwerb durch Uebertragungsgeschäft vermissen lassen, ohne Irrtum entnehmen, daß Uebertragungsgeschäfte geschlossen worden sind. Es muß aber hierauf nicht näher eingegangen werden, weil die Annahme der Vorinstanzen der Beschwerdeführerin nur zum Vorteile gereicht. Mit Unrecht haben aber die Vorinstanzen in den in dem Protokolle vom 25. Mai 1906 beurkundeten Erklärungen die Auflassung vermißt. Indem die Beteiligten sich über die Abtretung der in dem Protokolle bezeichneten Grundflächen „unter den Bedingungen des Protokolls vom 29. Dezember 1904" einigten, haben sie sich die darin enthaltenen und damals von ihnen selbst abgegebenen Auflassungserklärungen angeeignet und sie für die den Gegenstand der neuen Einigung bildenden Grundflächen wiederholt. Auf Grund der Auflassung kann die Beschwerdeführerin zwar nicht die Berichtigung des Grundbuchs aber doch eine ihrem Zwecke entsprechende Eintragung erlangen. Es ist anzunehmen, daß sie von der Auflassung auch hierzu Gebrauch machen will. Es sind deshalb die Entscheidungen der Vorinstanzen aufzuheben, soweit sie die von den Eheleuten P. abgetretenen Grundflächen betreffen. Dagegen ist die weitere Beschwerde im übrigen als unbegründet zurückzuweisen. Die Kosten fallen nach Art. 131 Abs. 1 AG. z. BGB. der Beschwerdeführerin zur Last, in deren Angelegenheit sie entstanden sind. Eine Ueberbürdung auf die Staatskasse, die das Beschwerdegericht insoweit, als der Beschwerde stattgegeben wird, für zulässig erachtet zu haben scheint, findet nach dieser Vorschrift nicht statt. Die unrichtige Entscheidung des Beschwerdegerichts kann jedoch nicht zum Nachteile der Beschwerdeführerin abgeändert werden. (Beschluß des I. ZS. vom 10. Juli 1907, Reg. III 45/1907).

1022 — — — n.

B. Strafsachen.

Behandlung der Transportkosten bei der Zwangserziehung.[1]) Vom Amtsgerichte P. wurde die Zwangserziehung des minderjährigen J. R. angeordnet. Das Bezirksamt P. verfügte seine Verbringung in die Erziehungsanstalt Bernau a. H. Dort wurde ihm eine Vorladung vor die Strafkammer des Landgerichts P. zugestellt, wo über eine von ihm eingelegte Berufung verhandelt werden sollte. J. R. erschien in der Verhandlung, die mit seiner Freisprechung endete. Die Kosten beider Rechtszüge wurden der Staatskasse überbürdet. Der „Katholische Verein zur Erziehung der verwahrlosten Jugend (e. V.) in München" liquidierte hierauf in einem an das Landgericht P. gerichteten Schreiben den Betrag von 51 Mk. 60 Pfg., welche auf den Hin- und Rücktransport des R. durch den Begleiter A. S. erwachsen sind, und ersuchte um deren Rückersatz. Die Strafkammer lehnte den Ersatz ab, da im Urteil nur die Kosten des Verfahrens beider

[1]) Vgl. die Abhandlung von Seel in dieser Zeitschrift 2. Jahrgang S. 12.

Instanzen, nicht aber auch die dem R. erwachsenen notwendigen Auslagen der Staatskasse überbürdet worden seien. Der Staatsanwalt legte Beschwerde ein mit dem Antrag, den Beschluß aufzuheben und auszusprechen, daß die Kosten als Kosten des Verfahrens von der Staatskasse zu tragen seien. Die Regierung, Kammer der Finanzen, gab die Erklärung ab, daß sie eine Verpflichtung der Staatskasse zur Uebernahme der Transportkosten nicht anerkenne. Die Strafkammer legte die Beschwerde dem Beschwerdegericht vor. Dieses hob den Beschluß auf.

Gründe: Die Beschwerde ist nach §§ 346, 338 StPO. zulässig (vgl. Stenglein, StPO. zu § 338 Note 4) und insofern begründet, als die Strafkammer den Anspruch abgewiesen hat; denn hierzu war sie gar nicht zuständig. Sie ging offenbar von der tatsächlich unrichtigen Annahme aus, der mit der Liquidation erhobene Anspruch gegen die Staatskasse werde auf die Entscheidung des Urteils im Kostenpunkte gestützt, wie aus der Bezugnahme auf § 499 II StPO. hervorgeht. Die Liquidation läßt jedoch diese Entscheidung völlig unberücksichtigt; sie wurde schon vor der Rechtskraft des Urteils eingereicht und hätte schon bei der Verhandlung vor Erlassung des Urteils geltend gemacht werden können. Denn es handelt sich hier um den Ersatz von Kosten, für deren formelle Behandlung nicht § 499 StPO., sondern §§ 4, 10 Abs. I und IV der Bek. vom 24. September 1879, das Kostenwesen in gerichtlichen Strafsachen betr. (JMBl. 1879 S. 1426, 1431) maßgebend ist. Hiernach scheidet die Zuständigkeit der Strafkammer vollständig aus und es war deshalb die von ihr getroffene Entscheidung aufzuheben. Insoweit ist demnach die Beschwerde begründet, im übrigen war sie als unbegründet zu verwerfen. Bei dieser Sachlage war nur die Aufhebung des Beschlusses veranlaßt. Sache des Vorsitzenden ist es, die Liquidation in der durch die erwähnte Bekanntmachung vorgeschriebenen Weise formell zu behandeln. (Beschl. vom 30. August 1907).

1076 v. H.

Oberlandesgericht München.

Zur Auslegung des § 606 Abs. 4 ZPO. Der Beklagte ist Bürger der Vereinigten Staaten von Nordamerika, und zwar gehört er dem Staat Indiana an; er hat die Klägerin, früher Württembergerin, am 21. Juli 1899 in Newyork geheiratet und wohnte mit ihr bis August 1905 in München. Um diese Zeit verließ er sie und siedelte nach kurzem Aufenthalt in Berlin nach Newyork über, wo ihm die auf Ehebruch während des hiesigen Zusammenlebens gestützte Klage am 21. April 1906 zugestellt wurde. Zum Nachweis der Zuständigkeit des angegangenen deutschen Gerichts legte die Klägerin ein Zeugnis des Amerikanischen Richters F. in Lafayette (Indiana) vor, wonach dort die Zuständigkeit des letzten gemeinschaftlichen Wohnsitzgerichts anerkannt wird. Die Klage wurde aber wegen Unzuständigkeit abgewiesen und Berufung zurückgewiesen, weil Abs. 4 des § 606 ZPO. durch das Wort „auch" neben die Zuständigkeit nach ausländischem Recht diejenige nach der ZPO. fordere, eine solche jedoch mangels eines allgemeinen deutschen Gerichtsstands des Ehemanns und mangels Anwendbarkeit des Abs. 2, 3 des § 606 ZPO. oder Bestehens eines Sonderabkommens mit den Vereinigten Staaten (vgl. Art. 5 Intern. Scheidungsabk.) nicht gegeben sei. (Urt. v. 22. Mai 1907; X 209/07). N.

1075

Oberlandesgericht Nürnberg.

Zeit der Entstehung des Anspruchs auf eine Vertragsstrafe, Gerichtsstand des Erfüllungsorts (§ 29 ZPO., § 269 BGB.). Der Beklagte hatte sich durch Anstellungsvertrag bei Meidung einer Strafe von 10000 Mk. verpflichtet, während der Dauer von drei Jahren nach seinem Austritt bei der Klägerin in kein Konkurrenzgeschäft in Süddeutschland einzutreten. Er handelte dem Verbot zuwider und wurde auf Zahlung der Vertragsstrafe belangt. Er wohnte zur Zeit des Abschlusses des Vertrags in E. Er trat in ein Konkurrenzgeschäft in B. ein. Die Städte E. und B. gehören verschiedenen Landgerichten an. Die zum Landgericht des früheren Wohnsitzes E. des Beklagten gestellte Klage wurde mangels der Zuständigkeit abgewiesen. Die Berufung blieb erfolglos.

Aus den Gründen: Der Gerichtsstand des § 29 ZPO. wird durch den Erfüllungsort der streitigen Verpflichtung bestimmt, der Erfüllungsort bemißt sich nach § 269 BGB. Die streitige Verpflichtung besteht hier in der Zahlung der Vertragsstrafe. Da ein Ort für die Leistung weder bestimmt noch aus den Umständen, insbesondere aus der Natur des Schuldverhältnisses zu entnehmen ist, so hat die Erfüllung der streitigen selbständigen Verpflichtung an dem Orte zu erfolgen, an welchem der Beklagte z. Z. der Entstehung des Schuldverhältnisses seinen Wohnsitz hatte. Es fragt sich, ob schon mit dem Abschlusse des Anstellungsvertrags die streitige Verpflichtung entstanden war. Der Erstrichter verneint dies, weil der Anspruch auf Zahlung der Vertragsstrafe nicht mit dem Vertragsabschluß, sondern erst mit dem Eintritt des Beklagten in das Konkurrenzgeschäft entstanden sei; erst in diesem Zeitpunkt sei das bis dahin bedingte Schuldverhältnis ganz wirksam geworden. Daß der Anspruch auf die Vertragsstrafe von der Zuwiderhandlung gegen das vertragsmäßige Konkurrenzverbot abhängt, sohin zur Zeit des Vertragsabschlusses aufschiebend bedingt war, ist nicht zu bezweifeln. In der Rechtslehre ist die Frage bestritten, ob bei bedingten Schuldverhältnissen die Zeit des Vertragsschlusses oder jene eines späteren Ereignisses, sohin des Eintritts der Bedingung für die Entstehung der Verpflichtung maßgebend ist. Das Berufungsgericht folgt mit dem Erstrichter der auf überzeugende Gründe gestützten Anschauung der Rechtslehrer Planck, Hölder und Dernburg, wonach bei aufschiebend bedingten Schuldverhältnissen das Recht des bedingt Berechtigten erst mit dem Eintritt der Bedingung zur vollen Wirksamkeit und Erzwingbarkeit, sohin zur Entstehung gelangt. Die Behauptung der Berufung, daß es auf diese Frage nicht anzukommen habe, weil das Gesetz die Entstehung des Schuldverhältnisses im Ganzen, des Anstellungsvertrags als solchen ohne Rücksicht auf die Bedingtheit gewisser Verpflichtungen im Auge habe, ist unhaltbar. Das Schuldverhältnis im Sinne des § 269 BGB. ist jenes, um dessen Bestehen oder Nichtbestehen die Parteien streiten, jeder Vertrag kann soviele Erfüllungsorte haben, als er selbständige Verpflichtungen enthält. Da nun das hier streitige Schuldverhältnis, nämlich die Verpflichtung des Beklagten zur Zahlung der Vertragsstrafe, nicht mit dem Abschluß des Dienstvertrages, sondern erst mit dem Eintritt des Beklagten in die Konkurrenzfirma entstand und der Beklagte in diesem Zeitpunkt nicht mehr im Bezirke des angegangenen Gerichts, sondern in B. wohnte, so hat das Gericht mit Recht seine Zuständigkeit abgelehnt. Dieses Ergebnis kann auch nicht durch die angezogenen reichsgerichtlichen Entscheidungen erschüttert werden. Das Reichsgericht hat für Klagen auf Unterlassung der Zuwiderhandlung gegen eine vertragsmäßig übernommene Verpflichtung zum Unterlassen das Gericht jenes Ortes für zuständig erklärt, an welchem der Schuldner zur Zeit des Vertragsschlusses seinen Wohnsitz hatte; es

hat angenommen, daß für die Erfüllung der Unterlassungspflicht der gleichzeitig mit der Uebernahme der Verpflichtung als gefaßt vorauszusetzende Willensentschluß entscheidend, hiermit der die Erfüllung des Vertrags enthaltende Zustand sofort geschaffen sei. Allein hier handelt es sich nicht um den Anspruch auf Unterlassung, der der Klägerin ohnehin nach § 75 Abs. 2 HGB. versagt wäre, hier ist ausschließlich Gegenstand des Schuldverhältnisses die Zahlung der Vertragsstrafe; dieses Schuldverhältnis ist erst im Zeitpunkt der Zuwiderhandlung entstanden. Es enthält allerdings im Verhältnis zum Hauptvertrag eine Nebenverpflichtung, die aber mit Rücksicht auf ihren selbständigen Charakter dem Erfüllungsort des Hauptvertrages nicht zu folgen hat. (Urteil vom 14. Okt. 1907).

1073. H.

Literatur.

Heim, Dr. Franz Felizian, Die Hauptintervention. München 1907. C. H. Beckſche Verlagsbuchhandlung (Oskar Beck.) 104 S. Mk. 12.—

Die eng begrenzte, an Zweifelsfragen aber reiche, in der Literatur bisher verhältnismäßig wenig bearbeitete Materie der Hauptintervention legt H. in Otto Fischers Abhandlungen zum Privatrecht und Zivilprozeß in einer Monographie klar (Bd. 15 Heft 2). In dem einleitenden Kapitel gibt er, wie üblich, einen rechtshistorischen Rückblick auf das römische und das alte deutsche Recht, auf das mittelalterlich-italienische Recht, auf das neuere gemeine Recht Deutschlands, auf das Recht des code de procédure civile, auf die preußische allgemeine Gerichtsordnung von 1793 und die wichtigen partikularen Prozeßordnungen von 1850, 1864, 1868 und 1869 und schließlich auf die Vorgeschichte der Hauptintervention der Reichszivilprozeßordnung. In dem Hauptteile des Buches stellt H. zunächst das Wesen der Hauptintervention unserer ZPO. fest. Er lehnt die Meinungen ab, welche die Hauptintervention als eine einzige einheitliche Klage konstruieren, sowohl die Konstruktion Kohlers, der diese einheitliche Klage lediglich gegen den ersten Beklagten gehen läßt, wie auch die Konstruktion Weismanns, der die einheitliche Klage gegen beide Parteien des anhängigen Prozesses als wirkliche Beklagte gerichtet auffaßt. Heim sieht, dem schon 1880 von A. S. Schultze gewiesenen Wege folgend, in der Hauptintervention „eine Verbindung zweier Klagen des Intervenienten gegen beide Erstparteien, durch die zwei neue Prozesse begründet werden". Diese Ansicht begründet H. des näheren. Darnach schildert er die allgemeinen und die besonderen Voraussetzungen der Hauptintervention und sodann den Interventionsprozeß. Hier wird die Streitgenossenschaft der Interventionsbeklagten und das Verhältnis des Interventionsprozesses zum Erstprozeß, die Dispositionsfähigkeit der Parteien über Bestand und Fortgang und Gegenstand des Prozesses und über die Urteilsgrundlagen untersucht; weiter werden die Wandelungen in den Prozeßsubjekten, die in den regelmäßigen Verlauf des Prozesses störend einzugreifen vermögen (z. B. Tod und Konkurs), und die Erweiterungen und Nebenbildungen, die der Interventionsprozeß sowohl durch eigene Handlungen der Parteien (insbesondere Widerklage) wie auch durch die Beteiligung Dritter erleiden kann, und schließlich das Interventionsurteil, insbesondere seine Anfechtbarkeit und seine Rechtskraftwirkung dargestellt. In einem letzten Abschnitt beleuchtet H. das Verfahren nach § 75 ZPO.

Rechtsanwalt Dr. Böckel, Jena.

Baumgarten, Dr. Ferdinand, Rechtsanwalt, Privatdozent an der Universität Budapest, und **Meszlény, Dr. Arthur,** Amtsrichter in Budapest. Kartelle und Trusts. Ihre Stellung im Wirtschafts- und Rechtssystem der wichtigsten Kulturstaaten. Eine nationalökonomisch-juristische Studie. Preisgekrönt von der Ungarischen Akademie der Wissenschaften. 362 S. Berlin 1906. Otto Liebmann. Preis: Mk. 8.50, geb. Mk. 11.—.

Die reiche Literatur über Kartelle und Trusts haben Baumgarten und Meszlény mit ihrer Arbeit dankenswert bereichert. Ihre auf souveräner Beherrschung des gesamten wirtschaftlichen Materials, auch des geschichtlichen Werdens, aufgebauten Untersuchungen werden das Verständnis für die so viel umkämpften Gebilde erheblich fördern. In fünf Abschnitten betrachten sie Kartelle und Trusts im allgemeinen, wobei sie den Begriff des Kartells so weit fassen, daß auch der Trust darunter fällt, die Arten der Kartelle und Trusts, die Kartell- und Trustbewegung, die vielseitigen Wirkungen der Kartelle und Trusts und ihre Stellung im Rechtssystem. Das Werk gipfelt in einem 6. Kapitel in Vorschlägen zur Lösung des Problems.

Vorteile und Nachteile der Kartelle und Trusts wägen die Verfasser als unparteiische Richter ab. Entgegen der landläufigen Auffassung, die in jedem Trust, ja sogar in jedem Kartell, einen verbrecherischen Anschlag zur Ausbeutung der Konsumenten sehen möchte (wobei schon die Gruppe der Abnehmerkartelle übersehen wird), kommen sie (S. 238) zu einem Licht und Schatten gerecht verteilenden Gesamturteil.

In dem Kapitel über die Stellung der Kartelle und Trusts im Rechtssystem sind von besonderem Interesse die Ausführungen über die Antitrustgesetzgebung der Vereinigten Staaten und die geschichtliche Entwicklung in Frankreich, die über die Art. 419 und 420 code pénal und über die den Kartellvertrag für ungültig erklärenden Art. 1131, 1133 code civil hinweggegangen ist. Ein die Fülle der wirtschaftlichen Erscheinungen in so hervorragender Weise systematisch meisterndes Werk verdient, von allen Juristen studiert zu werden, gerade auch von denen, die den großen Strömen des wirtschaftlichen Lebens ferner leben und in erster Linie eine Orientierung benötigen über Entstehung, Zweck und Organisation, Vorzüge und Nachteile der Riesenunternehmungen, von denen wir täglich in den Zeitungen lesen.

Rechtsanwalt Dr. Böckel, Jena.

Henle, Dr. Wilhelm von, Staatsrat i. o. D. und Ministerialdirektor im Staatsministerium der Justiz. Gesetz über die Zwangsversteigerung und die Zwangsverwaltung vom 24. März 1897 (Fassung vom 20. Mai 1898). Mit den Ausführungsvorschriften der größeren Bundesstaaten. 3. vermehrte und verbesserte Auflage. München 1907, C. H. Beckſche Verlagsbuchhandlung (Oskar Beck). Gebd. Mk. 2.80.

Seit der Ausgabe der zweiten Auflage hat die Auslegung des ZwVG. durch die Kommentare erhebliche Förderung erfahren. Auch die Rechtsprechung hat sich entwickelt, freilich nicht in dem wünschenswerten Maße, weil reichsgerichtliche Erkenntnisse sehr selten vorkommen. Die neue Auflage trägt dem veränderten Stande der Auslegung Rechnung: Die Anmerkungen sind vermehrt und zum Teil umgestaltet. —f———

Lösungen zu den Staatskonkursaufgaben seit 1896. Unter Mitwirkung hervorragender Juristen herausgegeben von Rechtsanwalt Dr. K. Fischer in München. Verlag von Dr. A. Wachter in München. Monatlich 4 Nummern.

Ich habe mich schon in meiner kleinen Schrift über den Staatskonkurs gegen die Veröffentlichung

von Lösungen zu den Staatskonkursaufgaben ausgesprochen. Der Beifall, den das Unternehmen des Herausgebers anscheinend schon gefunden hat und voraussichtlich noch finden wird, kann mein Urteil nicht ändern. Ich halte die Benützung von Musterlösungen auch dann für gefährlich, wenn die Bearbeitung der Aufgaben völlig einwandfrei ist. Die Benützung könnte sehr vorteilhaft sein, wenn sie nach selbständiger Durcharbeitung der Aufgaben erfolgen würde: die Vergleichung der fremden Arbeit mit der eigenen würde Aufklärung über Irrtümer bringen und zu intensiver geistiger Beschäftigung mit dem Falle anhalten. Man wird aber mit der Schwäche des Menschengeschlechts rechnen müssen. Ich fürchte, nur wenige werden die Willenskraft haben, die Lösung erst dann anzurühren, wenn sie selbst die Aufgabe sich zurechtgelegt und ihre eigene Anschauung zu Papier gebracht haben. Bei der Mehrzahl wird an die Stelle wirklicher eigener Arbeit eine Scheinarbeit treten: das behagliche Durchstudieren der Lösung. Die Versuchung hierzu liegt besonders für den Anfänger nahe, der den verwickelteren Aufgaben zunächst ratlos gegenübersteht. Wird aber die eigene Kraft nicht dadurch geübt und gestählt, daß man den Problemen ohne fremde Hilfe frisch zu Leibe geht, so wird sie versagen, wenn der Augenblick kommt, in dem nicht mehr verständnisvolles Einleben in fremde Gedankengänge sondern eigene schöpferische Gestaltung verlangt wird.

von der Pfordten.

Notizen.

Der Entwurf eines Gesetzes betr. die Berufsvormundschaft und die Zwangserziehung, der vor wenigen Tagen dem Landtage vorgelegt worden ist, zeigt, daß in der Ausgestaltung der Jugendfürsorge rüstig fortgeschritten werden soll. Die Tätigkeit, die der Vormundschaftsrichter der persönlichen Fürsorge für den Mündel widmet, muß erfolglos bleiben, wenn ihm nicht geeignete Ausführungs-Organe zur Verfügung stehen. Und an solchen fehlt es häufig, besonders in den Großstädten. Brauchbare, energische Vormünder zu finden, fällt dort dem Richter immer schwerer, namentlich dann, wenn es sich um uneheliche Kinder handelt. Die einen suchen sich mit allen erdenklichen Mitteln von dem lästigen Amte zu drücken, die anderen begnügen sich mit einer rein formalen Tätigkeit, mit der Zustimmung zum Unterhaltsvertrag und der Erstattung von Erziehungsberichten auf Grund der Angaben der Kindsmutter oder der Kostleute. Man kann es auch dem Privatmann nicht übel nehmen, wenn er kein besonderes Vergnügen daran findet, sich mit einer rabiaten Kindsmutter herumzubalgen und den widerspenstigen Erzeuger mit Lohnpfändung zu verfolgen. Durchaus berechtigt und aussichtsvoll ist deshalb der Plan, Gemeindebeamte selbst unter Uebergehung der nach § 1776 BGB. zunächst berufenen Personen zu Vormündern zu bestellen. Die Gemeindebeamten haben durch ihre Tätigkeit in Armensachen, in der Zwangserziehung, im Kostkinderwesen usw. Erfahrungen auf dem Gebiete der Jugendfürsorge gesammelt, sie haben die im Verkehr mit manchen Schichten des Publikums erforderliche Ruhe und Gewandtheit und genießen den Vorzug einer amtlichen, autoritativen Stellung.

Die einzelnen Vorschriften des Entwurfes, der sich auf den Vorbehalt in Art. 136 des EG. z. BGB. gründet und die Vorschrift in Art. 100 des AG. z. BGB. ergänzt, bedürfen einer weiteren Erläuterung nicht. Hervorzuheben ist nur, daß der Gesetzentwurf den Gemeinden die Initiative überläßt; sie sollen darüber entscheiden, ob durch Statut die Berufsvormundschaft eingeführt werden soll.

Das Gesetz vom 10. Mai 1902, die Zwangserziehung betr., das in Art. 12 Abs. 2 Satz 2 für München die Polizeidirektion als Vollzugsbehörde bestimmte, soll geändert werden. Die Zuständigkeit soll auf den Stadtmagistrat übergehen.

Die Praxis der geprüften Rechtspraktikanten. Die Nummer XV des Justizministerialblattes vom laufenden Jahrgang enthält das Ergebnis der Umfrage, die, wie man im heurigen Frühjahr aus den Zeitungen erfuhr, das Justizministerium bei den Handels- und Gewerbekammern darüber hielt, welche kommerzielle und industrielle Anstalten, Unternehmungen, Firmen usw. bereit wären, geprüfte Rechtspraktikanten zum Zwecke der weiteren Ausbildung bei sich aufzunehmen. Eine stattliche Anzahl von Instituten, Anstalten, Unternehmungen und Firmen — voran die Kgl. Bankdirektion Nürnberg und die Kgl. Hauptbank Nürnberg — hat sich zur Einführung der jungen Juristen in das Getriebe des wirtschaftlichen Lebens zur Verfügung gestellt. Manchen, der schon in Amt und Würde ist, mag ein Bedauern überkommen, daß ihm seinerzeit eine gleiche Ausbildungsgelegenheit nicht geboten war. Mögen die jungen Juristen von der ihnen neu erschlossenen Bildungsquelle ausgiebigen Gebrauch machen. Jedenfalls werden sie gut daran tun, zunächst die vorgeschriebene gerichtliche und staatsanwaltschaftliche Praxis abzuleisten und sich dann erst der Ausbildung auf dem Gebiete des wirtschaftlichen Lebens zuzuwenden. Da ihnen dieses zumeist noch ganz fremd sein wird, wird nicht ein schon flüchtiger Einblick, sondern nur emsige Arbeit während längerer Zeit zu einem ersprießlichen Ergebnisse führen. Das längere Verbleiben an dem einmal gewählten Institut usw. kann vielleicht für die Rechtspraktikanten zur Folge haben, daß sie für ihre Dienste entlohnt werden, wird aber unter allen Umständen den Rechtspraktikanten die Genugtuung gewähren, nicht bloß der Empfangende zu sein, wenn sie auch dann noch bleiben, wenn sie die Anfangsschwierigkeiten überwunden haben.

Wie dringend allenthalben das Bedürfnis nach Ausbildung des juristischen Nachwuchses auch auf dem wirtschaftlichen Gebiet empfunden wird, zeigt auch der von dem Oberlandesgerichtspräsidenten a. D. Dr. Hamm in Bonn in der Deutschen Juristenzeitung (Jahrgang 1907 Nr. 1 S. 24) für Preußen gemachte Vorschlag, die aus dem zweiten Examen erfolgreich hervorgegangenen Referendare sich zunächst ein Jahr lang in einem kaufmännischen oder industriellen Betriebe, der ihnen von den Handelskammern zugewiesen wird, beschäftigen zu lassen. Auch die von dem Chef der Justizverwaltung kürzlich im Finanzausschuß der Abgeordnetenkammer zu dem Postulate von 6000 Mark zur weiteren Ausbildung der Justizbeamten abgegebene Erklärung zeigt, daß die bayerische Regierung ernstlich bestrebt ist, die bisher bestandene Lücke auszufüllen. Nach jener Erklärung sollen an den Sitzen der Kreisregierungen Kurse für die Rechtspraktikanten abgehalten werden, den Rechtspraktikanten soll der Besuch der Kurse der Vereinigungen für rechts- und staatswissenschaftliche Fortbildung in Berlin, Cöln und Frankfurt a. M. ermöglicht werden und es wird daran gedacht, eine solche Vereinigung auch für Bayern ins Leben zu rufen.

Verantwortl. Herausgeber: Th. von der Pfordten, K. Landgerichtsrat, verw. im Staatsministerium d. Justiz.

Eigentum von J. Schweitzer Verlag (Arthur Sellier) in München.
Druck von Dr. Franz Paul Datterer & Cie., G. m. b. H., Freising.

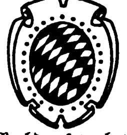


Nr. 24. München, den 15. Dezember 1907. 3. Jahrg.

Zeitschrift für Rechtspflege in Bayern

Herausgegeben von
Th. von der Pfordten
K. Landgerichtsrat, verw. im K. Bayer. Staatsministerium der Justiz.

Verlag von
J. Schweitzer Verlag
(Arthur Sellier)
in München, Lenbachplatz 1.



Die Zeitschrift erscheint am 1. und 15. jeden Monats im Umfange von mindestens 2 Bogen. Preis vierteljährlich Mk. 3.—. Bestellungen übernimmt jede Buchhandlung und Postanstalt (Postzeitungsliste für Bayern Nr. 974a).

Redaktion und Expedition: München, Lenbachplatz 1. Insertionsgebühr 30 Pfg. für die halbgespaltene Petitzeile oder deren Raum. Bei Wiederholungen Rabatt. Stellenanzeigen 20 Pfg. Beilagen nach Uebereinkunft.

Heinrich Dernburg.

Ein Nachruf.

Von Dr. **Erwin Riezler**, Universitätsprofessor in Freiburg i. B.

Als ein Vollendeter hat Heinrich Dernburg in der Nacht zum 23. November 1907 sein arbeitsreiches und erfolggekröntes Leben vollendet. Ein Leben, in dem wir uns keinen Zug anders wünschen, als er gewesen ist. Ein Leben voll jener inneren Harmonie, die einer glücklichen Uebereinstimmung des Könnens mit dem Wollen entspringt.

Als Jhering starb, war das Empfinden ein anderes. In die Klage um das Hinscheiden des leidenschaftlichen Kämpfers ums Recht, des feurigen viel umspannenden Geistes, der uns den Geist des römischen Rechtes nahe gebracht hat, mischte sich das Bedauern, daß es diesem Genius nicht vergönnt war, seine noch viel weiter ausschauenden Pläne zu vollenden und der leise Zweifel, ob die Ziele, denen er auf philosophischem und ethnologischem Gebiete zustrebte, nicht doch von vornherein seine Kräfte überstiegen.

Und wieder anders war der Eindruck, als Windscheid dahinging. Windscheid ist für uns der klassische Vertreter einer Rechtsepoche, die wir heute als eine im wesentlichen abgeschlossene betrachten. Er ist der Meister, dessen rückschauender Blick noch einmal alles zusammenfaßt und zu einem großartigen Gesamtbilde vereinigt, was die Wissenschaft des römischen Rechtes in Jahrhunderten zusammengetragen hat. Ihm ist die Hauptfrage nicht, was Recht sein sollte und werden soll, sondern was als schon vorhandenes Recht, speziell als römisches, aus den Quellen sich erweisen läßt.

Dernburg ist nicht nur Romanist. Er schaut nicht nur rückwärts, sondern auch vorwärts. Seine Sorge ist nicht nur die Erkenntnis, wie das Recht ist und geworden ist, sondern auch, ob es „mit Recht“ so ist und wie es anders sein könnte. Der gesetzgebungspolitische Zug tritt in ihm viel stärker hervor als in Windscheid.

Eine äußere Tatsache scheint mir auf den ersten Blick Unrecht zu geben: Windscheid war jahrelang Mitglied der Gesetzgebungskommission, die den 1. Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches fertig gestellt hat; Dernburg hat leider keiner der beiden Kommissionen angehört. Aber wir betrachten es als ein Glück, daß jener 1. Entwurf, in dem so viel Windscheidscher Einfluß bemerklich war, der nur allzusehr die Züge reiner Gelehrtenarbeit an sich trug und allzuwenig Fühlung mit den Lebensfragen der Gegenwart und den großen sozialen Problemen hatte, nicht Gesetz geworden ist. Und wir erkennen es dankbar, daß im fertigen Gesetze nun doch viel vom Geiste Dernburgs steckt, wenn man auch seiner unmittelbaren Mithilfe entraten zu können glaubte.

Dernburg ist gleich Windscheid aus der historischen Schule hervorgegangen. Durchaus auf dem Boden dieser Schule steht er mit den Werken, die seinen Namen zuerst bekannt und geachtet gemacht haben: mit seiner „Geschichte und Theorie der Kompensation“ (1. Aufl. 1854, 2. Aufl. 1868) und mit seinem „Pfandrecht nach den Grundsätzen des heutigen römischen Rechtes“ (2 Bände, 1860 und 1864).

Dann hat er die Kraft der besten Mannesjahre seinem einheimischen Rechte gewidmet. Es entstand sein „Vormundschaftsrecht der preußischen Monarchie“ (1875), „Das preußische Hypothekenrecht“ (mit Hinrichs 1877—1891) und vor allem sein umfassendes vorzügliches „Lehrbuch des preußischen Privatrechts“ (3 Bände, 1871—1880, 5. Aufl. 1897), ein Werk, das in der preußischen Zivilrechtspraxis reiche Früchte getragen hat.

Jetzt kehrte er zum römischen Recht zurück. Er schrieb seine berühmten „Pandekten“ (3 Bände, 1. Aufl. 1884), die ihn in ganz Deutschland im besten Sinne populär gemacht haben. Dernburg hatte sich hier zum Ziel gesetzt, dem Leser bei jedem Schritt das Bewußtsein erhalten, daß er auf historischem Boden stehe, daß es sich um die Geistesarbeit vieler Generationen handle; zugleich aber, daß die Pandekten nicht bloß eine historische Lehre sind; „aus dem historischen Rahmen“, sagt

er in der Vorrede, „muß das praktische Recht breit und konkret hervortreten". Keinem konnte diese schwierige Doppelaufgabe besser gelingen als ihm.

Als das große neue Gesetzgebungswerk und mit ihm für Deutschland eine neue Aera der Zivilrechtswissenschaft kam, war Dernburg 70 Jahre alt. Man war gespannt, wie er sich zu der gewaltigen Umwälzung stellen würde, die Manchem seines Alters nicht eben bequem kam. Die Spannung löste sich in freudiges Erstaunen, in Bewunderung seiner ungebeugten Arbeitskraft und Geistesfrische. Nichts von stiller Resignation, aber auch nichts von feindseliger Ablehnung dessen, was man ohne ihn geschaffen hatte!

Schon 1896 hatte er eine anregende Schrift über die „Persönliche Rechtsstellung im Bürgerlichen Gesetzbuch" veröffentlicht. In den folgenden Jahren gewann er als Mitglied des preußischen Herrenhauses einen segensreichen Einfluß auf die preußische Ausführungsgesetzgebung zum neuen Rechte. Zugleich nahm er eine systematische Darstellung des neuen Rechtes in Angriff. Mit feinstem Verständnisse drang er tief ein in die neuen Probleme. In erstaunlich kurzer Zeit erwuchs ihm die letzte seiner großen Schöpfungen, „Das bürgerliche Recht des Deutschen Reiches und Preußens". Ein Meisterwerk! Daß es ihm noch vergönnt war, es nahezu zu vollenden (— nur der 6. Band, der die Lehre von der Rechtsverwirklichung bringen soll, steht aus —), ist für das gesamte deutsche Rechtsleben, für die Wissenschaft und für die Praxis, ein bleibender Gewinn.

Dernburg ist nicht nur ein großer Rechtsgelehrter gewesen, sondern auch, was nicht dasselbe ist, ein großer Rechtslehrer.

Er begann seine akademische Laufbahn 1851 als zweiundzwanzigjähriger Privatdozent in Heidelberg. Hier begründete er mit Brinckmann die „Kritische Vierteljahrschrift für die gesamte Rechtswissenschaft". 1854 wurde er Professor in Zürich, 1862 in Halle, 1873 in Berlin. An der Universität Berlin, die er im Jahre 1884/85 als Rektor leitete, hat er bis zu seinem Tode gewirkt. Ihren Schicksalen gehörte sein lebhaftes Interesse; er bewies es unter anderm durch seine Arbeit: „Die Königliche Friedrich-Wilhelms-Universität Berlin in ihrem Personalbestande seit ihrer Errichtung bis 1885".

In den mehr als 100 Semestern seiner akademischen Lehrtätigkeit hat er Tausende von Hörern zu seinen Füßen gesehen. Er hat dadurch auf die Gedankenwelt dreier Juristengenerationen Deutschlands einen Einfluß ausgeübt wie Wenige.

Seine hervorragende Lehrbefähigung brachte er in seinen Büchern fast noch mehr zur Geltung als in seinem Vortrage. Das Geheimnis seines glänzenden Erfolges liegt sicher zum guten Teil in seiner unübertroffenen Darstellungsgabe. Den Lehrbuchton wußte er vorzüglich zu treffen. Die verwickeltsten Dinge bringt er mit einer solchen Klarheit und Anschaulichkeit vor, daß sie leicht erscheinen. Von bombastischem Prunk hält sich sein Stil eben so fern wie von nüchterner Langeweile. Die bloß logische Entwicklung von Dogmen ohne Bezugnahme auf praktische Anwendungsfälle hält er für ebenso verfehlt wie ein Ueberwuchern der Kasuistik.

Zu diesem Sinne für weises Maßhalten in der Struktur seiner Bücher gesellt sich bei ihm als besondere Gabe ein stark ausgeprägter bon sens; jener juristische Takt, den man nicht erlernen kann, der da, wo die Rechtsquellen Zweifel lassen, instinktiv das Richtige trifft.

Es ist bekannt, daß Dernburg keine allzu große Ehrfurcht vor dem Buchstaben des Gesetzes gehabt hat, gleichviel ob dieses in der Gestalt eines Digestenfragmentes oder in der eines Paragraphen des Bürgerlichen Gesetzbuchs auftrat. Er ist in der Freiheit der Auslegung oft sehr weit, manchem vielleicht zu weit, gegangen. Aber von jener neuesten Freirechtsbewegung, die die feste Verbindung mit dem Boden des positiven Rechtes entbehren zu können glaubt und der wissenschaftlichen Ueberzeugung die Bedeutung einer eigentlichen Rechtsquelle zuschreiben möchte, wollte er nichts wissen! Den Gnaeus Flavius hat er deutlich abgelehnt. Ihm war es wohl selbstverständlich, daß in der Gebundenheit des Richters an das Gesetz eine der wichtigsten Garantien dafür liegt, daß dem Rechtsuchenden wirklich sein Recht werde und daß man ihm das Gefühl dieser Sicherheit nicht nehmen dürfe.

In allen Werken Dernburgs offenbart sich sein großer Respekt vor der Praxis und dem, was sie hervorbringt. Die Konstruktion war ihm kein Selbstzweck, sondern ein wissenschaftliches Mittel, um zu einer praktischen Entscheidung zu gelangen. Nichts lag ihm ferner, als zuerst eine Theorie aufzustellen und dann die tatsächlichen Erscheinungen, die sich in sie nicht fügen wollen, zu ignorieren oder als Abnormitäten zu erklären. Er war sich immer bewußt, daß die Göttin, der er diente, nicht deshalb die Binde vor den Augen hat, damit sie blind sei für die Erscheinungen des Lebens. Wo die Praxis Neigung zu dem starren Formalismus zeigte, der die Juristen dem Volk entfremdet, ist er ihr scharf entgegengetreten.

Wie er aus der Fülle des Lebens und aus der Rechtsprechung der Gerichte Anregung für die Theorie schöpfte, so hat er auch umgekehrt die Praxis, in der er hoch angesehen war, reich befruchtet. Vielleicht keine andere Autorität wird in den zivilrechtlichen Entscheidungen des Reichsgerichts so häufig angerufen, wie gerade die Dernburgs.

Man wird Dernburg nicht gerecht, wenn man nicht auch sein warmes Herz für wahre Gerechtigkeit, sein menschliches Fühlen, seinen sozialen Sinn hervorhebt. Noch wenige Jahre vor seinem Tode schrieb er in der Vorrede zum 4. Bande seines Bürgerlichen Rechts: „Im Familienrecht handelt

es sich vor allem um den Schutz der Schwachen, insbesondere auch der Frauen. Hier hat das Bürgerliche Gesetzbuch gegenüber dem alten Rechte rühmliche Fortschritte gemacht, doch nicht ohne manche wenig gerechtfertigte Ausnahmen. Nicht das ist die Aufgabe der Auslegung, diese Ausnahmen zu erweitern, die Frauenrechte ängstlich zu verkümmern, sondern ihnen, soweit es dem Gesetz gegenüber tunlich ist, freien Raum zu geben." —

Dernburgs Lebenswerk erscheint uns wie eine ideale Verkörperung des schönen Wortes des Celsus, daß das Recht eine ars boni et aequi ist.

Zum Grenzmauerrecht.

Von Justizrat **A. Pfirstinger** in München.

In dieser Zeitschrift (Jahrgang 1907 Nr. 15 und 16) sind auf Seite 334/335 zwei oberlandesgerichtliche Entscheidungen aus dem Gebiete des Grenzmauerrechts mitgeteilt worden. Der Herausgeber der Zeitschrift hat in einer Anmerkung der Ansicht Ausdruck gegeben, die beiden mitgeteilten Urteile ließen erkennen, daß die Fragen des Grenzmauerrechts noch keineswegs geklärt seien; er hat hieran den Wunsch geknüpft, es möchte eine Aeußerung über die beiden Urteile abgegeben werden. Diesem Wunsche zu entsprechen, ist der Zweck der nachstehenden Abhandlung. Dabei wird hauptsächlich zu dem unter II mitgeteilten Urteil vom 6. April 1907 (Ber.Reg. 22/07), Stellung genommen werden, weil das andere Urteil (vom 5. April 1907, Ber.Reg. 10/06) in der Hauptsache, d. i. in der eigentlichen Entscheidung, das Richtige getroffen haben dürfte.

Laut des in dem Urteil vom 6. April 1907 (Ber.Reg. 22/07), erwähnten notariellen Vertrages vom 11. September 1901 verkaufte B. das Grundstück Pl.Nr. 146 1/22 an die Eheleute H. und es wurde vereinbart, „daß die Käufer oder ihre Besitznachfolger verpflichtet seien, die Giebelmauern des auf dem Kaufgegenstande zu errichtenden Hauses so auf die Grenze zwischen dem Kaufgegenstande und den beiden Nachbargrundstücken des Verkäufers Pl.Nr. 146 1/21 und Pl.Nr. 146 1/23 zustellen, daß sie je mit halber Mauerstärke auf das gekaufte Grundstück und das anstoßende Nachbargrundstück zu stehen kämen und s o m i t z u r H ä l f t e B e s t a n d t e i l d e r N a c h b a r g r u n d s t ü c k e w ü r d e n; daß ferner die jeweiligen Eigentümer der beiden Nachbargrundstücke berechtigt seien, die auf ihr Grundstück zu stehen kommende Giebelmauer zum An- und Aufbau zu benützen; daß endlich, wenn die Eigentümer der Pl.Nrn. 146 1/21 und 146 1/23 von diesem Rechte Gebrauch machten, sie dem jeweiligen Eigentümer des Kaufgegenstandes (d. i. der Pl.-Nr. 146 1/22) die Hälfte der Herstellungskosten der Giebelmauer zum Betrage von 20 Mk. für den Kubikmeter zu ersetzen hätten."

Das in dem Vertrage geregelte Rechtsverhältnis ist klar dargelegt bis auf einen einzigen Punkt. Dieser wunde Punkt des Vertrages, der auch zum wunden Punkt des Urteils geworden ist, besteht in der Schlußfolgerung,

> „daß (die Giebelmauer) somit zur Hälfte Bestandteil der Nachbargrundstücke werden soll",

welche Schlußfolgerung der rechtlich zulässigen Verabredung, daß die Giebelmauern des von den Eheleuten H. auf Pl.Nr. 146 1/22 zu errichtenden Hauses mit halber Mauerstärke auf die Grenze von Pl.Nr. 146 1/22 einerseits, und der Pl.Nrn. 146 1/21 und 146 1/23 des B. anderseits zu stehen kommen sollten, in ebenso unnötiger als zweideutiger Weise angehängt worden ist.

Diese Schlußfolgerung ist u n n ö t i g; denn das rechtliche Ergebnis, das bei der im Vertrage vereinbarten Bauweise eintritt, ist vom Gesetzgeber selbst genau bestimmt und bedurfte keiner Billigung durch die Vertragsteile; sie ist z w e i d e u t i g, weil sie die Absicht der Parteien nicht sofort klar und deutlich erkennen läßt.

Wollten die Parteien mit dieser Schlußfolgerung sagen, daß s o f o r t nach seinerzeitiger Herstellung des auf Pl.Nr. 146 1/22 zu erbauenden Hauses und noch b e v o r daran angebaut sein würde, die Giebelmauern dieses vorläufig für sich allein auf dem mittleren der drei Bauplätze stehenden Hauses zur Hälfte Bestandteile der Nachbargrundstücke werden sollen, d. h. je mit derjenigen Mauerhälfte, die auf den noch nicht überbauten Grundstücken Pl.Nr. 146 1/21 und 146 1/23 zu stehen kommen würde?

Oder wollten sie nur das E n d e r g e b n i s der beabsichtigten gegenseitigen Bauausführungen zum Ausdruck bringen, d. h. nur sagen, daß, s o b a l d a n d a s a u f P l. N r. 1 4 6 1/22 d e r E h e l e u t e H. z u e r s t h e r z u s t e l l e n d e H a u s rechts und links von den Besitzern der angrenzenden Grundstücke Pl.Nr. 146 1/21 und 146 1/23 H ä u s e r a n g e b a u t s e i n w ü r d e n, die an der rechten und linken Seite des zuerst gebauten Hauses befindlichen Grenzmauern je zur Hälfte Bestandteil der Nachbargrundstücke werden sollen?

Das Berufungsgericht hat die erstere Möglichkeit als gewollt angenommen, es hat mit anderen Worten angenommen, daß nach der Absicht der Parteien s o f o r t m i t d e r H e r s t e l l u n g d e s a u f P l. N r. 1 4 6 1/22 z u e r b a u e n d e n H a u s e s die Giebelmauern dieses vorläufig für sich allein inmitten von zwei leeren Baustellen dastehenden Hauses zur Hälfte B e s t a n d t e i l e d e r (noch nicht überbauten) N a c h b a r g r u n d s t ü c k e Pl.Nr. 146 1/21 und 146 1/23 werden sollen, d. h. je mit denjenigen Mauerhälften, die auf die noch nicht überbauten Grundstücke Pl.Nr. 146 1/21 und 146 1/23 gesetzt wurden.

Ein starkes Bedenken gegen diese Feststellung des Vertragswillens der Parteien erregt der Umstand, daß die Vertragsteile in dem nämlichen Vertrage eine An- und Aufbau-Servitut errichtet haben. Wie im Urteile festgestellt ist, vereinbarten sie, daß „die jeweiligen Eigentümer der beiden Nachbargrundstücke (Pl.Nr. 146 1/21 und Pl.Nr. 146 1/23) berechtigt seien, die auf ihr Grundstück zu stehen kommende Giebelmauer zum An- und Aufbaurecht zu benützen".

Deutlicher als hier geschehen, kann doch der Wille der Parteien nicht ausgedrückt werden, eine Dienstbarkeit, ein An- und Aufbaurecht zu errichten. Er ist deutlicher auch nicht in dem Vertrage vom 12. April 1904 ausgesprochen, welcher in dem Urteil vom 5. April 1907 (Ber.Reg. Nr. 10/07), Gegenstand der Beurteilung war und es hat der fast gleiche Wortlaut in dem letzteren Urteile die Würdigung gefunden, daß dadurch eine Dienstbarkeit geschaffen worden sei zugunsten des jeweiligen Eigentümers des zuerst überbauten Grundstücks und zu Lasten der Nachbargrundstücke.

Warum soll nun, was im Vertrag vom 12. April 1904 dem Gerichte als Schaffung einer Grunddienstbarkeit erschien, im Vertrage vom 11. September 1901 nicht als Bestellung einer Grunddienstbarkeit in Betracht kommen dürfen?

Weil — sagt das Berufungsgericht — die Grundstücke Pl.Nr. 146 1/21 und 146 1/23 und die vertragsmäßig als wesentliche Bestandteile mit ihnen verbundenen Giebelmauerteile nicht Gegenstand besonderer Rechte sein können und demnach in der vereinbarten An- und Aufbaubefugnis der Eigentümer von Pl.Nr. 146 1/21 und 146 1/23 „nur das nach § 903 BGB. selbstverständliche Recht der Eigentümer von Pl.Nr. 146 1/21 und 146 1/23 auf Benützung ihres Eigentums ausgesprochen" sei.

Freilich, wenn man annimmt, wie vom Berufungsgericht hier geschehen, es sei von den Vertragsteilen vereinbart worden, und zwar in gesetzlich zulässiger Weise, daß sofort mit der Herstellung des auf Pl.Nr. 146 1/22 zu erbauenden Hauses die Giebelmauern dieses zunächst für sich allein dastehenden Hauses je mit denjenigen Mauerhälften, die auf die noch nicht überbauten Grundstücke Pl.Nr. 146 1/21 und 146 1/23 zu stehen kommen würden, Bestandteil dieser letzteren Grundstücke werden sollen, dann ist die Ablehnung des Vorhandenseins einer Grunddienstbarkeit eine richtige Schlußfolgerung; denn diesen Falles würden die kritischen Mauerhälften als Bestandteile der Grundstücke Pl.Nr. 146 1/21 und 146 1/23 Eigentum der Besitzer und Eigentümer dieser letzteren Grundstücke sein, und es wäre eine servitutsweise Benützung dieser Eigentumsbestandteile durch die Eigentümer selbst als widersinnig ausgeschlossen.

Allein die Tatsache der erfolgten ausdrücklichen Servitutsbestellung muß starken Zweifel erregen, ob die Vertragsteile wirklich sofortiges Eigentum der Grenznachbarn an denjenigen Giebelmauerhälften zu schaffen beabsichtigten, welche auf deren Grundstücke gebaut würden, ob sie nicht vielmehr den Eintritt dieses Rechtszustandes erst nach dem Ablaufe eines Zwischenzustandes, nämlich des Rechtszustandes in der Zeit vom Bau des zuerst zu erbauenden Hauses auf dem Grundstück Pl.-Nr. 146 1/22 bis zu dem seinerzeit erfolgenden Anbau daran — als Endergebnis im Auge gehabt haben.

Die Laien sind sich durchwegs darüber völlig klar, daß man eine Bau-Grunddienstbarkeit nur dann braucht, wenn man nicht als Eigentümer ohnehin freie Hand im Schalten und Walten hat, und ich halte es für ausgeschlossen, daß sie da, wo sie das nach § 903 BGB. selbstverständliche Recht auf Benutzung des Eigentums „vertragsmäßig" soeben selbst geschaffen, im nämlichen Atemzuge überflüssigerweise eine Servitutsbestellung in den Vertrag aufnehmen, um dieses Benutzungsrecht zum zweitenmal zu schaffen.

Sei dem aber, wie ihm wolle: Selbst wenn es richtig sein sollte, daß die Vertragsabsicht der Parteien dahin ging, die über die Grenze zu bauenden Giebelmauerteile des zunächst auf Pl.-Nr. 146 1/22 zu errichtenden Hauses sofort bei ihrem Werden als wesentliche Bestandteile der angrenzenden Pl.Nrn. 146 1/21 und 146 1/23 zu erklären, sie somit diesen letzteren Grundstücken als Eigentumsbestandteil einzuverleiben, bleibt die berufungsgerichtliche Entscheidung gleichwohl unhaltbar, da diesen Falles sowohl die Absicht der Parteien als auch die gerichtliche Entscheidung eine unzulässige Anwendung der gesetzlichen Bestimmungen über die Bestandteile von Sachen enthält.

Eine in benutzungsgemeinschaftlicher Art hergestellte, d. h. zur Hälfte auf Nachbarsgrund stehende Hausmauer, an welche nicht gleichzeitig ein Nachbarhaus angebaut wurde, ist stofflich und wirtschaftlich kein selbständiges Bauwerk, sondern ein Teil des für sich allein dastehenden Hauses, ist sogar ein wesentlicher Bestandteil dieses Gebäudes.

Der Gesetzgeber hat in § 93 BGB. bestimmt:

„Bestandteile einer Sache, die von einander nicht getrennt werden können, ohne daß der eine oder der andere zerstört oder in seinem Wesen verändert wird (wesentliche Bestandteile) können nicht Gegenstand besonderer Rechte sein";

ferner im Abs. II des § 94:

„Zu den wesentlichen Bestandteilen eines Gebäudes gehören die zur Herstellung des Gebäudes eingefügten Sachen."

Daß die Giebelmauern zu den zur Herstellung des Hauses diesem eingefügten Sachen gehören, wird doch wohl kein Mensch bestreiten wollen?

Also gehören sie zu dem Haus auf Pl.Nr. 146 1/22 und nicht zu den Grundstücken Pl.Nr. 146 1/21 und 146 1/23.

Aber auch darüber, daß die Giebelmauern wesentliche Bestandteile des Hauses auf Pl.-Nr. 146 1/22 sind, kann kein Zweifel bestehen. Denn jeder Sachverständige wird bestätigen, wenn man es nicht schon von selbst einzusehen vermag, daß diese Mauern weder ganz noch auch nur hinsichtlich der über die Grenze gebauten Hälften beseitigt werden können, ohne die Zerstörung, d. h. den Einsturz des ganzen Hauses herbeizuführen.

In den oben zitierten Gesetzesstellen ist die auf praktischen Gründen beruhende Forderung, daß ein Haus als eine rechtliche Einheit behandelt werden müsse, vom Gesetzgeber ausdrücklich anerkannt worden. Ich befinde mich daher vollständig im Einklang mit dem Gesetze, wenn ich sage: Die Rechte, welche für das Haus maßgebend sind, müssen maßgebend sein für das ganze Haus, also auch für jene Mauerteile des Hauses, die zwar auf fremden Boden stehen, die aber nicht entfernt werden können ohne Zerstörung des Hauses, die demnach als für den Fortbestand des Hauses wesentlich notwendige Bestandteile zu erachten sind.

Nach den ausdrücklichen Bestimmungen des Gesetzgebers muß das erbaute Haus in allen seinen Teilen, also als Ganzes, einheitliches Objekt des Eigentums sein, es kann nicht mit irgendeinem Mauerteil, Eigentumsbestandteil eines Nicht-Hauses, eines angrenzenden nicht überbauten Grundstückes werden.

Diese gesetzlich festgelegten Grundsätze der rechtlichen Einheit eines wirtschaftlichen Ganzen, als welches ein Haus erscheint, verletzte das Berufungsgericht, indem es in seiner rechtlichen Würdigung Hausmauerteile, anstatt sie als notwendige und darum wesentliche Bestandteile des Haus-Ganzen anzuerkennen, von diesem losgerissen und den angrenzenden nicht überbauten Grundstücken als deren Eigentumsbestandteile einverleibt hat.

Das Gericht beruft sich hierbei erfolglos auf den Vertragswillen der Parteien, welcher die über die Grenze gebauten Mauerhälften zu Bestandteilen der nicht überbauten angrenzenden Grundstücke erklärt habe.

Wo der Gesetzgeber von „nicht können" und „nicht dürfen" spricht, liegt ein gesetzgeberisches Verbot des anders Handelns vor, ein Verbot, an welchem durch Vertrag nichts geändert werden kann. Dem gesetzlichen Verbote zuwiderlaufende Vertragsbestimmungen sind null und nichtig. Hier liegt der eigentliche wunde Punkt des Vertrages und des Urteils. Hat der Vertragspassus, — „die Giebelmauern des auf Pl.Nr. 146 1/22 zu errichtenden Hauses so auf die Grenze zu stellen, daß sie je mit halber Mauerstärke auf das Grundstück Pl.Nr. 146 1/22 einerseits und die (rechts und links angrenzenden) Nachbargrundstücke Pl.Nr. 146 1/21 und 146 1/23 anderseits zu stehen kommen und somit zur Hälfte Bestandteil der Nachbargrundstücke werden" — wirklich den ihm vom berufungsgerichtlichen Urteil gegebenen Sinn, dann ist diese Vertragsbestimmung null und nichtig, weil es den Parteien nicht erlaubt ist, die vom Gesetzgeber aufgestellten Grundsätze über wesentliche Bestandteile verbotwidrig abzuändern.

Das Berufungsgericht hätte demnach diese von ihm festgestellte Willensmeinung der Vertragsteile als gesetzlich unzulässig und daher als unbeachtbar rügen müssen. Es hätte das bei Nichtbeachtung der nichtigen Bestimmung maßgebende Ergebnis der übrigen Vereinbarung und des auf Grund dieser Vereinbarung hergestellten tatsächlichen Zustandes streng an der Hand der gesetzlichen Bestandteils-Vorschriften feststellen müssen. Das hätte unfehlbar zu folgendem Ergebnis geführt:

Der Eigentümer des Grundstückes Pl.Nr. 146 1/22 ist durch Erbauung des teils auf Pl.Nr. 146 1/22, teils (nämlich in Ansehung der über die Grenze gebauten Giebelmauerhälften) auf den Pl.Nr. 146 1/21 und 146 1/23 stehenden Hauses Eigentümer dieses ganzen Hauses geworden, also auch derjenigen Mauerteile des Hauses, welche über die Grenze gebaut sind. § 946 des BGB. steht diesem Ergebnis nicht entgegen; denn er sagt nur:

> „Wird eine bewegliche Sache mit einem Grundstück dergestalt verbunden, daß sie ein wesentlicher Bestandteil des Grundstückes wird, so erstreckt sich das Eigentum an dem Grundstück auf diese Sache."

Nun sind zwar die zur Herstellung der Mauer verwendeten Ziegelsteine und der verbindende Mörtel bewegliche Sachen; aber diese beweglichen Sachen sind nicht dergestalt mit den angrenzenden Pl.Nrn. 146 1/21 und 146 1/23 verbunden worden, daß sie wesentliche Bestandteile dieser Grundstücke geworden wären, da es ja klar ist, daß diese Backsteine nebst Mörtel für den Bestand der Nachbargrundstücke Pl.Nr. 146 1/21 und 146 1/23 gänzlich unnötig sind und sie jederzeit entfernt werden könnten, ohne dem Bestande dieser Grundstücke den geringsten Eintrag zu tun. Im Gegenteil, diese beweglichen Sachen sind mit dem Hause auf Pl.Nr. 146 1/22 in eine wesentliche Verbindung gebracht worden, da sie von diesem Hause nicht mehr entfernt werden können, ohne es in seiner Existenz zu gefährden.

Das über die Grenze gebaute Mauerwerk als notwendiger und daher wesentlicher Bestandteil des auf Pl.Nr. 146 1/22 hergestellten Hauses steht demnach unter der Herrschaft des für dieses Haus maßgebenden Rechtes. Es kann weder für sich gesondert ohne das Haus, dessen Bestandteil es ist, ein eigenes Rechtsobjekt sein, noch kann es dem besonderen Rechte der Nachbargrundstücke, auf welche es übergebaut wurde, unterworfen sein, weil einen solchen Zustand der Gesetzgeber im Interesse des einheitlichen Rechtszustandes des her-

gestellten Hauses in den §§ 93 und 94 II BGB. ausdrücklich verbietet.

Ist dem aber so, d. h. ist der Eigentümer des Grundstückes Pl.Nr. 146 1/22 als Eigentümer des auf diesem Grundstück erbauten Hauses zugleich Eigentümer der über die Grenze gebauten Mauerteile, dann ist auch an der zu Lasten dieses Hauses und zugunsten der künftig anzubauenden Nachbar-Häuser vereinbarten Grunddienstbarkeit nichts zu mäkeln und es fällt mit der Rektifizierung des Urteils in diesem Punkte auch hinweg der oben gerügte Widerspruch zwischen dem Urteil vom 5. April 1907 (Ber.Reg. 10/06), und dem Urteil vom 6. April 1907 (Ber.Reg. 22/07), wonach trotz beiderseits gleichgelagerter Parteienverabredung dennoch im einen Urteil das Vorliegen einer Servitut angenommen, im anderen Urteil aber bestritten wurde.

Was endlich die vereinbarte Verpflichtung betrifft, daß der Anbauende die Hälfte der Herstellungskosten der zum Anbau benützten Grenzmauer zu ersetzen habe, so bietet auch diese Vereinbarung nicht die geringste Schwierigkeit in der rechtlichen Beurteilung, sobald man einsehen gelernt hat, daß bei Hausbauten dieser Art zwei streng zu unterscheidende, weil inhaltlich ganz gegensätzliche Phasen des Rechtszustandes aufeinander folgen, nämlich I. die Zeit vor dem Anbau des Nachbars, II. die Zeit nach dem nachbarlichen Anbau.

Während nämlich in der Zeit vor dem nachbarlichen Anbau dem Eigentümer der angrenzenden, noch nicht überbauten Baustelle trotz des Ueberbaues das Eigentum an den über die Grenze gebauten Hausmauerteilen aus den oben auseinandergesetzten Gründen ganz entschieden abgesprochen werden muß, wird der anbauende Nachbar durch den Anbau eines Hauses an das zuerst hergestellte Haus Eigentümer der auf sein Grundstück herübergebauten Teile der Grenzmauer des zuerst hergestellten Hauses. Er wird dies ebensowohl zufolge der Absicht und Verabredung der Parteien, als auch nach dem in dieser zweiten Phase dem Wechsel des Eigentums nicht mehr entgegenstehenden Willen des Gesetzgebers.

Anlangend den Willen der Parteien, so ist mir in meiner langjährigen Praxis nicht ein einziger Kommunbaufall bekannt geworden, in welchem nicht die Endabsicht der Parteien die war: Sobald an das in benutzungsgemeinschaftlicher Art und Bestimmung (d. h. mit den Giebelmauern zur Hälfte auf dem angrenzenden Nachbarsgrundstück) erbaute Haus angebaut worden ist, soll der über die Grenze gebaute Teil der Giebelmauer des zuerst gebauten Hauses Bestandteil des angebauten Hauses und damit Eigentum des anbauenden Nachbars werden und als Vergütung für diesen von vornherein beabsichtigten, aber erst durch die Ausführung des Anbaues tatsächlich eintretenden Eigentumserwerb an der zwar auf seinem Grundstück stehenden, aber, solange das zuerst gebaute Haus allein stand, nicht ihm gehörig gewesenen Grenzmauerhälfte soll der anbauende Nachbar die Hälfte der Herstellungskosten der ganzen Grenzmauer bezahlen.

Auch selbst in denjenigen Fällen, in welchen ein schriftlicher Vertrag überhaupt nicht errichtet wurde, lag nach meiner durch Umfrage bei den Beteiligten gewonnenen Erfahrung eine mündliche Aussprache und Abrede diesen Sinnes ausnahmslos bei jeder Kommunhausbauführung vor und ich zweifle daher nicht, daß auch in dem Vertrag vom 11. September 1901, welcher Gegenstand des Urteils vom 6. April 1907 ist, dies der wahre, freilich undeutlich ausgesprochene Sinn der kritischen Bestandteils-Erklärung ist. Die Annahme, daß die vereinbarte Verpflichtung des Anbauenden, die Hälfte der Herstellungskosten der zum Anbau benutzten Grenzmauer zu ersetzen, die Verpflichtung zu einer Gegenleistung für die Anbau-Servitutausübung darstellt, auf welchen Standpunkt sich das in den übrigen Beziehungen hier nicht besprochene Urteil vom 5. April 1907 (BerReg. 10/06), gestellt hat, muß nach dem bisher Erörterten als ein Irrtum bezeichnet werden. Die vereinbarte Zahlungsverpflichtung des anbauenden Nachbars ist sicherlich lediglich Vergütung für den Eigentumserwerb. Stellt man sich auf diesen Standpunkt, dann wird auch die Streitfrage gegenstandslos, ob mit einer Dienstbarkeit die Pflicht zu einer Gegenleistung so verbunden werden kann, daß die Verbindlichkeit auf alle Rechtsnachfolger des ursprünglichen Berechtigten übergehe. Es ist nur noch zu besprechen, daß der Endabsicht der Parteien, welche auf Uebergang des Eigentums an der über der Grenze stehenden Hälfte der Giebelmauer an den anbauenden Nachbar im Zeitpunkte der Herstellung des Anbaues geht, auch der Wille des Gesetzgebers nicht hindernd im Wege steht. Nicht im geringsten! Im Gegenteil: Sobald, wie hier auf Pl.Nr. 146 1/23, der Nachbar auf dem in seinem Eigentum befindlichen, bisher nicht überbauten angrenzenden Grundstücke ebenfalls ein Haus erbaut und dieses Haus an die Giebelmauer des bereits bestehenden Hauses anbaut, vollzieht sich mit der Grenzmauer, genauer mit der auf Pl.Nr. 146 1/23 stehenden Hälfte der Grenzmauer, eine Wandelung.

Wir haben diese letztere bisher kennen gelernt als einen wesentlichen Bestandteil des zuerst gebauten Hauses. Mit dem Nachbargrundstücke Pl.Nr. 146 1/23 stand sie zwar in einer tatsächlichen Verbindung, aber nicht in einer derartigen tatsächlichen Verbindung, daß diese Mauerhälfte als ein wesentlicher Bestandteil des Grundstückes Pl.Nr. 146 1/23 hätte anerkannt werden können.

Jetzt, mit dem Anbau eines Hauses an sie auf dem Grundstück Pl.Nr. 146 1/23, ändert sich der Verbindungscharakter. Diese Grenzmauerhälfte wird durch den Anbau des zweiten Hauses

offenbar in einen wesentlichen Zusammenhang gebracht mit dem Hause auf Pl.Nr. 146 1/23, da dieses Haus ebensowenig wie das zuerst gebaute Haus ohne eine Giebel- oder Seitenmauer existieren könnte. Sie wird auch stofflich dem Hause auf Pl.Nr. 146 1/23 einverleibt. Es tritt damit diese Mauerhälfte zu dem Hause auf Pl.Nr. 146 1/23 in das in den §§ 93 und 94 des BGB. bezeichnete Verhältnis und durch das Bindeglied des Hauses auch in wesentlichen Zusammenhang mit dem Grundstück Pl.Nr. 146 1/23 selbst, so daß nunmehr auch § 946 des BGB. seine Wirkung auf diese Giebelmauerhälfte äußern kann, die darin besteht, daß letztere zum Eigentumsbestandteil des Grundstückes Pl.Nr. 146 1/23 wird und mit dem auf Pl.Nr. 146 1/23 erbautem Hause eine Rechtseinheit bildet. Es führt demnach die Anwendung der gesetzlichen Bestimmungen genau zu dem nämlichen Resultate, welches die Vertragsteile erreichen wollten.

Eines ist zur Abschneidung etwaiger weiterer Einwände noch zu erörtern:

Auch § 95 BGB. steht der hier geschilderten Entwicklung der Dinge nicht im Wege.

Nach § 95 gehören zu den Bestandteilen eines Grundstückes u. a. nicht Gebäude und andere Werke, die in Ausübung eines Rechts an einem fremden Grundstücke von dem Berechtigten mit dem (fremden) Grundstücke verbunden worden sind.

Diese Bestimmung trifft den Bau des ersten Hauses, d. i. des Hauses auf Pl.Nr. 146 1/22, nicht aber den Bau auf PlNr. 146 1/23. Wenn der Eigentümer von PlNr. 146 1/22 auf seinem Grundstücke ein Haus erbaute und dabei entsprechend dem vereinbarten Servitutrechte die Hälfte der einen Giebelmauer auf Pl.Nr. 146 1/23 stellte, so hat er in Ausübung eines Rechts an einem fremden Grundstücke einen Gebäudeteil mit dem fremden Grundstücke verbunden. Dieser Gebäudeteil ist daher nicht Bestandteil des fremden Grundstücks geworden gemäß der Bestimmung in § 95 BGB. und dies bildet ein weiteres Argument gegen die Richtigkeit des im Urteil vom 6. April 1907 (Ber.Reg. Nr. 22/07) zu voreilig angenommenen Bestandteils-Werdeganges in Ansehung der über die Grenze von Pl.Nr. 146 1/23 gebauten Giebelmauerhälfte. Ganz anders verhält es sich im zweiten Baufall: Wenn der Eigentümer des Grundstückes PlNr. 146 1/23 auf diesem *seinem* Grundstück ein Haus errichtet und dabei die auf seinem Grundstück bereits bestehende fremde Giebelmauerhälfte seinem Hause und damit seinem Grundstücke durch Anbauen an diese Mauer organisch einverleibt, dann hat er diese Mauerhälfte nicht einem *fremden* Grundstücke, sondern seinem eigenen Grundstücke einverleibt und dabei auch nicht in Ausübung eines Rechts an einem *fremden Grundstücke* gehandelt. Es treffen daher die Voraussetzungen des § 95 BGB. auf diesen letzteren Baufall nicht zu, sondern nur die §§ 93, 94 und 946 des BGB., denen zufolge der Eigentümer von Pl.Nr. 146 1/23 nunmehr das Eigentum aller auf diesem seinem Grundstück befindlichen Gebäudeteile genau *bis zur Grenze* seines Grundstückes hin erwirbt, ganz im Einklang mit der Endabsicht der Beteiligten.

Damit glaube ich gezeigt zu haben, daß und wie sich alle bei Kommunbaufällen auftauchenden Schwierigkeiten harmonisch mit den Bestimmungen des bürgerlichen Gesetzbuches lösen lassen.

Die „höher strafbaren Uebertretungen" des bayerischen Rechts.

Von **J. Hümmer**, II. Staatsanwalt in Weiden.

I. Entstehungsgeschichte.

Die bayerische Strafgesetzgebung von 1861 hatte den bis dahin sowohl in den diesrheinischen Landesteilen als in der Pfalz unbekannten Unterschied zwischen strafrechtlichen Uebertretungen und Polizeiübertretungen eingeführt. Das Wesen der ersteren wurde in einer Rechtsverletzung, das der letzteren in einer bloßen Gefährdung der staatlichen Ordnung gefunden. Für die Polizeiübertretungen galten die allgemeinen Bestimmungen des Polizeistrafgesetzbuchs, für die strafrechtlichen Uebertretungen, auch kurzweg „Uebertretungen" genannt, jene des Strafgesetzbuchs. Beide Gesetzbücher vom 10. November 1861 legten den Uebertretungscharakter solchen Handlungen bei, die mit Arrest von höchstens 42 Tagen oder mit Geldstrafe von höchstens 150 fl. bedroht waren. Nun gab es bei deren Inkrafttreten zahlreiche fortbestehende Spezialgesetze, welche gewisse Verfehlungen als Uebertretungen behandelten, gleichwohl aber hierfür Gefängnis oder Strafsätze androhten, welche die eben erwähnte Obergrenze der Uebertretungsstrafen überstiegen. Um solchen, als minder schwere Gesetzesverletzungen erscheinenden Handlungen den bisherigen Charakter zu wahren, bestimmte Art. 7 des Gesetzes vom 10. November 1861, die Einführung des Strafgesetzbuchs und des Polizeistrafgesetzbuchs für das Königreich Bayern betr., daß sie auch künftig die Eigenschaft von Uebertretungen behalten, obschon die in dem Spezialgesetze für sie angedrohte Strafe den Höchstbetrag der in den neuen Strafgesetzbüchern festgesetzten Uebertretungsstrafen übersteige; nur sollte statt etwa angedrohter Gefängnisstrafe auf Arreststrafe von gleicher Dauer erkannt werden.

Das bayerische Gesetz vom 26. Dezember 1871, den Vollzug der Einführung des Strafgesetzbuchs für das Deutsche Reich in Bayern betr. führte diesen Gedanken fort, indem es in Art. 5 bestimmte:

„Handlungen, welche durch ein neben dem Strafgesetzbuche für das Deutsche Reich in Geltung bleibendes Landesgesetz mit Strafe bedroht sind und bisher die Eigenschaft von Polizeiübertretungen

oder Uebertretungen an sich trugen, behalten auch künftig die Eigenschaft von Uebertretungen, wenngleich die hierfür in dem einschlägigen Gesetze angedrohte Strafe dasjenige Strafmaß übersteigt, welches in § 1 Abs. 3 und § 18 des Strafgesetzbuchs für das Deutsche Reich für Uebertretungen festgesetzt ist.

Statt derjenigen Freiheitsstrafen, welche für diese Uebertretungen angedroht sind, ist Haft in gleicher Dauer, jedoch keinenfalls von mehr als drei Monaten auszusprechen.

Bei den in Abs. 1 erwähnten höher strafbaren Uebertretungen darf die an die Stelle uneinbringlicher Geldstrafen tretende Haft, soweit nicht in den einschlägigen Gesetzen eigens eine andere Bestimmung getroffen ist, die Dauer von drei Monaten nicht übersteigen."

Das bayer. AusfG. z. StPO. vom 18. August 1879 hat in Art. 5, abgesehen von einigen lediglich redaktionellen Aenderungen („gebliebenes" statt „bleibendes", „vor Inkraftreten jenes Gesetzbuchs" statt „bisher", „allen" statt „den in Abs. 1 erwähnten"), obige Gesetzesvorschrift wörtlich übernommen und ferner die Zuwiderhandlungen gegen das BrandversG. vom 3. April 1875 als Uebertretungen erklärt (Abs. 3 des Art. 5).

II. Begriff.

Der Ausdruck „höher strafbare Uebertretungen" ist vom Gesetzgeber selbst geprägt (Art. 5 Abs. 4 AG. z. StPO.) und bedeutet daß entweder eine schwerere Strafart angedroht ist, z. B. Gefängnis statt Haft, oder daß der Strafrahmen den im Reichsstrafgesetzbuch für Uebertretungen aufgestellten überschreitet, z. B. Arrest von mehr als sechs Wochen oder Geldstrafe über 150 Mk. Ob eine landesrechtlich strafbare Handlung beim Inkrafttreten des Reichsstrafgesetzbuchs in Bayern (1. Januar 1872) die Eigenschaft einer strafrechtlichen Uebertretung oder einer Polizeiübertretung hatte, ergibt sich teils aus dem Wortlaute des einschlägigen Gesetzes, vgl. Art. 75—78 des Forstgesetzes betr. die Forstpolizeiübertretungen, teils aus dessen Inhalt, z. B. Uebertretungen nach Art. 100 PStGB.; in anderen Fällen entscheidet die innere Natur der Zuwiderhandlung, so bei den Uebertretungen des Malzaufschlaggesetzes; bezüglich einzelner Verfehlungen hat das Einführungsvollzugsgesetz zum StGB. und PStGB. von 1861 die Uebertretungseigenschaft eigens ausgesprochen, so in Art. 10 für die Zuwiderhandlungen gegen Art. 20 des bayer. Vereinsgesetzes.

Der Eingang des angeführten Art. 5, insbesondere die Worte „in Geltung gebliebenes Landesgesetz" weisen darauf hin, daß die Handlung bereits am 1. Januar 1872 landesgesetzlich mit Strafe bedroht gewesen sein muß. Denselben Sinn hatte der Ausdruck „in Geltung bleibendes Landesgesetz" in Art. 5 des EinfVollzG. vom 26. Dezember 1871, nur daß hier das Mittelwort der Gegenwart (mit futuralem Sinn) gebraucht war, weil das StGB. damals in Bayern noch nicht galt. Diese Auffassung wird bestätigt durch die Tatsache, daß es der Gesetzgeber für nötig erachtete, die Zuwiderhandlungen gegen das BrandversG. vom 3. April 1875 ausdrücklich als höher strafbare Uebertretungen zu erklären, obwohl der Tatbestand des Art. 96 Abs. 4 dieses Gesetzes (Ueberversicherung von Gebäuden) bereits in Art. 112 des Gesetzes vom 28. Mai 1852, die Feuerversicherungsanstalt für Gebäude in den Landesteilen diesseits des Rheins betr., mit polizeilicher Strafe bedroht, sohin als Polizeiübertretung charakterisiert war.

Der Art. 5 AG. z. StPO. erleidet sohin keine Anwendung auf Handlungen, die durch ein nach dem 1. Januar 1872 erlassenes Landesgesetz mit Strafe bedroht wurden, ausgenommen das BrandversG. vom 3. April 1875. Ob ein Gesetz als nach dem 1. Januar 1872 ergangen anzusehen sei, ist nicht sowohl nach seinem Datum als vielmehr unter Würdigung seiner Veranlassung, seines Zweckes, seines Inhalts und Wortlautes zu entscheiden. Ergibt sich hierbei, daß der Gesetzgeber den vorhandenen Rechtsstoff völlig neu regeln, eine umfassende Revision vornehmen wollte, so ist das frühere Gesetz nicht bloß formell, sondern auch inhaltlich beseitigt. So gibt es höher strafbare Uebertretungen nicht mehr auf dem Gebiete des Gewerbe-, des Einkommen- und des Kapitalrentensteuergesetzes, auch nicht auf dem des Hausiersteuer- und des Gebührengesetzes,[1]) wie denn aus der neueren bayerischen Steuergesetzgebung die Absicht des Gesetzgebers hervorleuchtet, die Qualifikation der Steuerdelikte unter die Normen des Strafgesetzbuchs zu stellen und insbesondere die dreimonatige Verjährungsfrist, wie sie für Uebertretungen gilt, als für Steuerstrafsachen ungenügend zu beseitigen.

Art. 206 des BergG. vom 20. März 1869 hatte die Uebertretungen dieses Gesetzes sämtlich als Polizeiübertretungen erklärt; infolgedessen zählten die Zuwiderhandlungen gegen die Art. 198, 200 Abs. 3, 208—212 zu den höher strafbaren Uebertretungen. Bei der Revision dieses Gesetzes im Jahre 1900 wurde Art. 206 gestrichen „als nicht mehr im Einklange mit dem gegenwärtigen Stande der Gesetzgebung" (Mot. zu Ziff. 30 der Novelle, Vhdl. d. K. d. Abg. 1899/1900 BB.

[1]) In den Mot. z. Entw. des AG. z. StPO. (Vhdl. d. K. d. Abg. BB. V 21) ist bemerkt, daß auch die Zuwiderhandlungen gegen das Gebührengesetz den Charakter von Uebertretungen an sich tragen, daß aber eine dem Abs. 3 des Art. 5 AG. z. StPO. entsprechende Bestimmung nicht ins AG. aufgenommen werde, weil die Regelung dem Gebührengesetze vorzubehalten sei. Das Gebührengesetz hat aber eine solche Bestimmung nicht getroffen, vielmehr bemerken die Motive zu ihm (Vhdl. d. K. d. Abg. 1879 BB. VII 98), daß hinsichtlich der Qualifikation der einzelnen Reate als Vergehen oder Uebertretungen die allgemeinen Vorschriften des StGB. zur Anwendung zu kommen haben.

332). Es gibt sohin nach der Absicht des Gesetzgebers, obwohl das geltende Berggesetz als solches bereits vor dem 1. Januar 1872 in Kraft stand, keine höher strafbaren berggesetzlichen Uebertretungen mehr.

Das gleiche gilt von den Strafdrohungen in Art. 202 des Wassergesetzes vom 23. März 1907. Obwohl diese Zuwiderhandlungen größtenteils schon in Art. 97 und 98 des WasserbenützungsG. vom 28. Mai 1852 mit Strafe bedroht waren und gemäß Art. 101 dieses Gesetzes die Eigenschaft von Polizeiübertretungen trugen, hat das an die Stelle der früheren drei Wassergesetze getretene, das Wasserrecht einheitlich neu ordnende gegenwärtige Wassergesetz eine Bestimmung über den strafrechtlichen Charakter der von ihm geschaffenen Tatbestände nicht getroffen; ausweislich der Motive (Verh. d. K. d. Abg. 1905/06 B B. I 579) deshalb, weil schlechthin die allgemeinen Bestimmungen des StGB. auch hier maßgebend sein sollen.[1])

Wurde dagegen eine Strafdrohung, die in einem Landesgesetze schon vor dem 1. Januar 1872 enthalten war, von seiner nachher erfolgten Abänderung nur formell beeinflußt, etwa durch Neuredaktion oder Umnummerierung, inhaltlich aber beibehalten, so findet auf sie Art. 5 AG. z. StPO. Anwendung. Von dieser Art ist die Uebertretung nach § 14 des HaussteuerG., da dieser dem früheren § 15 desselben Gesetzes vollständig entspricht.

Hervorgehoben zu werden verdient, daß die Landesgesetzgebung nur den am 1. Januar 1872 gesetzlich normierten Uebertretungen diese Eigenschaft wahren konnte, daß sie aber nicht neue Tatbestände von höher strafbaren Uebertretungen schaffen kann. Wenn sie nämlich Haft androhen will, hat sie seit dem Inkrafttreten des StGB. die in diesem hierfür vorgesehene Höchstdauer einzuhalten (§ 5 EG. z. StGB.) also 6 Wochen (§ 18 StGB.).

Die neuere Gesetzgebung hat die Zahl der höher strafbaren Uebertretungen stark vermindert; es sind noch folgende Gesetzesbestimmungen:

1. Art. 20 des GewG. vom 30. Januar 1868.
2. Art. 75, 76, 79, 80, 82—87, 97—100 des ForstG.
3. Art. 18—24, 39 des pfälz. ForststrafG.
4. Art. 20 des VereinsG.
5. Art. 60 Abs. 3, 61 Abs. 2, 66—79, 84, 85 des MalzaufschlagG.
6. GemO. für das rechtsrheinische Bayern Art. 41 Abs. 3 und 174; für die Pfalz Art. 32 Abs. 3.
7. Art. 100 PStGB.
8. § 14 des HaussteuerG.
9. Art. 96 des BrandversG.

III. Rechtliche Behandlung.

1. Die höher strafbaren Uebertretungen werden „in strafrechtlicher Beziehung" (Art. 5 Abs. 1 a. a. O.), d. h. **materiellrechtlich**, behandelt wie gewöhnliche Uebertretungen. Es finden also auf sie die allgemeinen Bestimmungen des StGB. Anwendung, soweit sie sich auf Uebertretungen beziehen, es müßte denn das Landesgesetz abweichende Vorschriften treffen.[1]) Sohin bleiben Versuch, Beihilfe und Begünstigung straflos (§§ 43, 49, 257 StGB.). Auf Einziehung der scelere producta und instrumenta sceleris (§ 40 StGB.) kann nicht erkannt werden; sie verjähren in drei Monaten (§ 67 Abs. 3 StGB.); die subsidiäre Freiheitsstrafe ist Haft, nicht Gefängnis (§ 28 Abs. 1 das.); der Umwandlungsmaßstab für einen Tag Haft sind 1—15 Mk. (§ 29 das.).

Abs. 2 des angef. Art. 5 verordnet, daß an Stelle der für solche Uebertretungen angedrohten Freiheitsstrafe Haft in gleicher Dauer jedoch nicht über drei Monate auszusprechen sei. Diese Vorschrift ist jetzt gegenstandslos, weil für die sämtlichen noch geltenden höheren Uebertretungen lediglich Geldstrafen angedroht sind.

Die an die Stelle uneinbringlicher Geldstrafen tretende Haft darf drei Monate nicht übersteigen, soweit nicht das einschlägige Gesetz etwas Abweichendes bestimmt. Eine derartige abweichende Bestimmung enthält keines der Gesetze, welche höher strafbare Uebertretungen vorsehen.[2]) Der Wortlaut des Abs. 4 des angeführten Art. 5 deckt zunächst nur den Fall, wenn **eine** Geldstrafe umzuwandeln ist. Allein die Absicht des Gesetzgebers ging ausweislich der Vhdl. des GA. der AbgK. 1871 Bd. II 96 dahin, den § 78 Abs. 2 StGB. auch für diese höher strafbaren Uebertretungen maßgebend sein zu lassen. Hiernach muß im Wege der ausdehnenden Auslegung angenommen werden, daß auch wenn mehrere Geldstrafen nebeneinander umzuwandeln sind, die Ersatzhaftstrafen zusammen drei Monate nicht übersteigen dürfen — eine Ansicht, für die überdies der Gebrauch der Mehrzahl „Geldstrafen" in Abs. 4 a. a. O. sprechen dürfte.[3])

---

[1]) Der von den Motiven weiter angegebene Zweck „zumal hierdurch die Strafbestimmungen des Wassergesetzes mit denen der Gewerbeordnung in dieser Beziehung in Uebereinstimmung gebracht werden" ist durch die Fassung des Art. 202 nicht ganz erreicht. Denn dieser droht, vgl. insbesondere § 147, Geldstrafe und im Unvermögensfalle Haft an, Art. 202 des WasserG. aber Geldstrafe bis zu 300 Mk. oder Haft, sohin die Haft wahl- nicht hilfsweise; überdies kann die Geldstrafe des Art. 202, weil Vergehen in Frage kommen, nach § 28 StGB. auch in **Gefängnis** umgewandelt werden, was bei den vorbildlichen Vergehen wider die Gewerbeordnung ausgeschlossen ist.

[1]) Vgl. Art. 56 FG., Art. 51—57 MalzaufschlG.

[2]) Dagegen enthält das FG. in Art. 54 Abs. 4 eine weitergehende Beschränkung: Haft nicht über 1 Monat an Stelle einer oder mehrerer Frevel-Geldstrafen.

[3]) Das MalzaufschlG bestimmt in Art. 65 Abs. 3, daß mehrere wegen Zuwiderhandlungen gegen dasselbe erkannte Geldstrafen in eine Freiheitsstrafe von nicht mehr als drei Monaten umzuwandeln sind.

Die Frage, welches der Hafthöchstbetrag sei, wenn primär erkannte mit umgewandelter Haft zusammentrifft, wird im angeführten Abs. 4 nicht entschieden; sie kann dann nicht praktisch werden, wenn lediglich höher strafbare Uebertretungen zur Aburteilung stehen, weil diese dermalen nur mit Geldstrafe bedroht sind. Kommen dagegen mehrere gewöhnliche, mit Haft bedrohte und daneben eine oder mehrere höher strafbare Uebertretungen in Frage, so können sowohl die primär auszusprechenden Haftstrafen bis zum Höchstbetrage von drei Monaten ansteigen als auch daneben die im Umwandlungswege herzustellenden. Konkurrieren endlich gewöhnliche, mit Geldstrafe bedrohte und höher strafbare Uebertretungen, so darf die für beide Arten zusammen auszusprechende Umwandlungshaft drei Monate nicht überschreiten. Diese Sätze ergeben sich mittels Schlußfolgerung aus den §§ 77 Abs. 2, 78 Abs. 2 StGB., welchen nach Absicht des Gesetzgebers Abs. 4 des Art. 5 AG. z. StPO. angepaßt wurde.

2. Ueber die strafprozessuale Behandlung der höher strafbaren Uebertretungen konnte das AG. z. StPO. keine Bestimmungen treffen, weil sie vor die ordentlichen Gerichte (§ 13 GVG.) gehören, also schlechthin den Vorschriften der StPO. (EG. z. StPO. § 3) und des GVG. (EG. z. GVG. § 2) unterstehen.

Beide Reichsgesetze verwenden den Begriff „Uebertretung" in dem vom Strafgesetzbuche (§ 1 Abs. 3) festgestellten Sinne. Die höher strafbaren Uebertretungen werden daher prozessual regelmäßig als Vergehen behandelt. Eine Ausnahme gilt für die Fälle, wo sich die Geldstrafe nach dem Vielfachen der hinterzogenen Abgabe bestimmt (vgl. Art. 77 MalzaufschlagG., § 14 HaussteuerG., Art. 41 Abs. 3 diesrh. GemO., 32 Abs. 3 pfälz. GemO.); überschreitet hier die im Einzelfalle verwirkte Geldstrafe nicht den Betrag von 150 Mk., so sind die Vorschriften der StPO. und des GVG. über die Behandlung der Uebertretungssachen maßgebend, insbesondere auch § 211 StPO.; übersteigt sie nicht 600 Mk., so ist die schöffengerichtliche, andernfalls die landgerichtliche Zuständigkeit begründet (§§ 27 Nr. 2, 73 Nr. 1 GVG.[1]), wobei aber § 75 GVG. anwendbar bleibt.

Wenn die angedrohte Höchststrafe oder die durch Multiplikation des hinterzogenen Gefällbetrags für den Einzelfall als verwirkt festzustellende Strafe 150 Mk. übersteigt, entscheidet das Berufungsgericht als Fünfmänner-, sonst als Dreimänner-Kollegium (§ 77 GVG.).

[1]) Eine Sonderstellung nehmen auf Grund des Vorbehalts in § 3 Abs. 3 EG. z. StPO. die Forstrügesachen ein; sie fallen schlechthin in die Zuständigkeit der Amtsgerichte (Art. 116 FG., 57 pfälz. FStG.).

Mitteilungen aus der Praxis.

Eintragung des Nießbrauchs der Pfarrpfründe an Grundstücken der Kirchenstiftung. Rechte an Schulgrundstücken. Die Ermittelung der Rechtsverhältnisse an Grundstücken der Pfarrpfründen und der Kirchenstiftungen sowie an Schulgrundstücken bereitet mitunter Schwierigkeiten. Es dürfte deshalb die Mitteilung von zwei lehrreichen praktischen Fällen für die Hypotheken- und Grundbuchbeamten von Interesse sein.

I. Die Kirchenstiftung B. ist Eigentümerin folgender Grundstücke in der Steuergemeinde B.: Pl.Nr. 1 Pfarrhaus, Pl.Nr. 2 Pfarrgarten, Pl.Nr. 75 Pfarrweiherlein. Der Pfarrer N. als derzeitiger Inhaber der Pfarrpfründe beantragte bei dem Hypothekenamte die Eintragung des Nießbrauchs der Pfarrpfründe an den Grundstücken; die Kirchenstiftung stimmte der Eintragung zu. Das Hypothekenamt forderte vom Antragsteller Darlegung der privatrechtlichen Eigenschaft des Nießbrauchsrechtes. Der Antragsteller erklärte darauf: Der Pfarrer habe am Pfründevermögen „kraft seines Amtes" das Nutznießungsrecht, dagegen stehe ihm am Kirchenvermögen ein Nutzungsrecht nur insofern zu, als es ihm auf Grund eines besonderen Rechtstitels durch Privatrechtsakt eingeräumt sei; der Nachweis dieses Rechtstitels werde, wenn ein schriftlicher oder beschlußmäßiger Rechtsakt nicht vorliege, durch Berufung auf „stillschweigende" Einräumung und langjährigen Besitz ersetzt. Der Nutzgenuß am Pfarrhaus und Pfarrgarten sei dem Pfarrer durch Stiftung des Bischofs von Bamberg bei Gründung der Pfarrei im Jahre 1520 zugewiesen worden; die Entstehung des Nießbrauchs am Pfarrweiherlein sei nicht nachweisbar, doch sei das Nutzungsrecht des Pfarrers schon in einer Pfarrbeschreibung von 1763 festgestellt; es gelte für dieses Recht unvordenkliche Verjährung. Zur Unterstützung dieser Ausführungen legte der Antragsteller den bischöfl. Fundations- und Konfirmationsbrief vom 3. Februar 1520, Fassionen und die Pfarrbeschreibung von 1763 vor.

Das Hypothekenamt lehnte den Eintragungsantrag ab. Die Gründe waren im wesentlichen folgende:

In das Hypothekenbuch wie in das Grundbuch können und dürfen nur Rechte eingetragen werden, die im bürgerlichen Rechte wurzeln. Oeffentliche Rechte sind von der Eintragung ausgeschlossen; über diese Aufschluß zu geben ist weder das Hypotheken- noch das Grundbuch bestimmt, der öffentliche Glaube des Hypotheken- wie des Grundbuchs bezieht sich nicht auf sie (§§ 22—25 HypG.; § 892 BGB., D. A. f. d. GBAe. § 123 Nr. 6).

Der Prüfung, ob ein eintragungsfähiges Recht vorliegt, wird der Richter nicht dadurch überhoben, daß Antragsteller und Anmeldungsgegner mit der Eintragung einverstanden sind: denn die Beteiligten können nicht ein dem öffentlichen Rechte angehörendes Recht durch Willensübereinstimmung in ein Privatrecht umwandeln.

Die Ansicht des Antragstellers, daß dem Inhaber der Pfarrpfründe ein Nießbrauchsrecht am Kirchenvermögen nur kraft bürgerlichen Rechtes zustehen könne, ist nicht richtig. Es ist ihr der Satz entgegenzustellen, daß das Nießbrauchsrecht ebenso im Privatrecht wie im öffentlichen Recht begründet sein kann. Durch Berufung auf Verjährung und Herkommen wird für die Entscheidung nichts gewonnen; denn

Verjährung und Herkommen sind Rechtsgebilde des bürgerlichen wie des öffentlichen Rechtes.

Die Nutzung des Pfarrhauses, des Pfarrgartens und des Pfarrweiherleins bildet einen fassionsmäßigen Bestandteil des Pfarreinkommens. Nach einer Entscheidung des Verwaltungsgerichtshofs (Bd. II S. 122) spricht die Vermutung dafür, daß das Rechtsverhältnis durch einen dem Gebiet des öffentlichen Rechtes angehörenden Rechtsakt entstanden ist. Die Richtigkeit der Vermutung wird, soweit die Nutzung an Pl.Nr. 1 (Pfarrhaus) und 2 (Pfarrgarten) in Frage kommt, durch den „Fundations- und Konfirmationsbrief" vom 3. Februar 1520 bewiesen. Als Bischof Georg von Bamberg die Filialkirche B. zur selbständigen Kirche erhob, verfügte er in dem Stiftungsbrief:

„redditus vero, proventus et census, quibus huius modi novella parochialis ecclesia dotata existit, sunt hi videlicet: „quaedam area, super qua domus pro habitatione cuius libet ipsius novellae ecclesiae rectoris construi debet" usw. Der Bischof trug kraft seines kirchlichen Hoheitsrechtes den Pfarrgenossen der neuen Pfarrei auf, ein Pfarrhaus zu erbauen und dem Seelsorger zur Wohnung zu überlassen.

Es ist mit dem Antragsteller anzunehmen, daß unter der area, mit der die Pfarrei dotiert wurde, auch der ans Pfarrhaus anstoßende Pfarrgarten, nicht bloß der Bauplatz für das Pfarrhaus zu verstehen ist. Daraus geht hervor, daß das Nießbrauchsrecht an Pfarrhaus und Pfarrgarten durch einen Akt des zur Errichtung des Pfarramtes berufenen Kirchenobern, also durch einen Akt des öffentlichen Rechts geschaffen wurde.

Wie der Nießbrauch des Pfründeinhabers am Pfarrweiherlein entstanden ist, konnte nicht ermittelt werden. Aus den vorgelegten Akten geht hervor, daß die Nutzung des Weihers schon seit langer Zeit einen fassionsmäßigen Bestandteil der Besoldung des Pfarrers bildet; die Nutzung diente also einem Endzweck öffentlich-rechtlicher Natur. Da die Vermutung gegen die privatrechtliche Eigenschaft eines solchen Rechtes spricht, so ergibt sich auch hier die Unzulässigkeit des Eintrags im Hypothekenbuch, solange nicht die Vermutung widerlegt wird.

Die Beschwerde des Pfründeinhabers wurde verworfen; die Begründung deckte sich mit dem hypothekenamtlichen Beschluß.

II. Die Kirchenstiftung B. ist im Kataster als Eigentümerin der Pl.Nr. 4 (Schulhaus mit Remise) vorgetragen und hat im Anlegungsverfahren Buchungsantrag gestellt. Die Gemeinde B. beanspruchte das Miteigentum, weil sie die Baulast am Schulhaus mitgetragen habe; sie erkannte aber schließlich das Alleineigentum der Kirchenstiftung an, machte jedoch ein „dingliches Mitbenützungsrecht" am Schulhaus geltend und beantragte dessen Eintragung im Hypothekenbuch. Die Kirchenstiftung erkannte dieses Mitbenützungsrecht an und stimmte der Eintragung zu. Das Bezirksamt H. genehmigte von „kuratel- und staatsaufsichtswegen" die Erklärungen der Kirchenstiftung und der Gemeinde.

Das Hypothekenamt lehnte die Eintragung des Rechts der Gemeinde am Schulhaus ab. Hierfür waren folgende Gründe maßgebend:

Das jetzige Schulgebäude war bis 1644 ausschließlich Meßnerwohnung. Im Jahre 1644 wurde ein Meßner aufgestellt, der zugleich Lehrer war. Seitdem ist Lehrer- und Meßnerdienst in B. verbunden; seit dieser Zeit wurde das Gebäude von der Gemeinde zu Schulzwecken verwendet und diente außerdem dem Lehrer, der zugleich Meßner war, zur Wohnung.

Diese tatsächliche Verwendung des Grundstücks beruht nicht auf einem privatrechtlichen Vertrag, sondern auf der organischen Verbindung des Meßner- und Schuldienstes. Weil die Gemeinde tatsächlich das Schul- und Meßnerhaus mitbenützt, hat sie nach den in Betracht kommenden gesetzlichen Bestimmungen einen Teil der Baulast zu tragen; daraus geht hervor, daß sie kein besonderes, von der organischen Vereinigung des Schul- und Meßnerdienstes nicht umfaßtes, Recht ausgeübt hat. Es kann daher auch Ersitzung einer beschränkten persönlichen Dienstbarkeit im Sinne des § 1090 BGB. nicht in Betracht kommen. (BlAdmPr. Bd. 51 S. 318 ff.). Läßt sich der Anspruch der Gemeinde im bürgerlichen Recht überhaupt nicht begründen, sondern wurzelt er im öffentlichen Recht, so ist seine Eintragung ins Hypothekenbuch unzulässig, weil dieses nur zur Aufnahme von Rechten bestimmt ist, die dem bürgerlichen Recht angehören.

Amtsrichter Heckel in Lauf.

Ist der 15. August — Mariä-Himmelfahrt — in der Pfalz ein allgemeiner Feiertag im Sinne des § 222 ZPO.? Nach Art. 22 des Gesetzes vom 8. August 1878, betreffend die Errichtung eines Verwaltungsgerichtshofes und das Verfahren in Verwaltungsrechtssachen, beträgt die Frist zur Einlegung von Beschwerden vierzehn Tage; sie beginnt mit der Zustellung des schriftlichen Bescheides, für die Berechnung der Frist sind die Bestimmungen der ZPO. anzuwenden. § 222 Abs. 2 ZPO. bestimmt: „Fällt das Ende einer Frist auf einen Sonntag oder allgemeinen Feiertag, so endigt die Frist mit dem Ablaufe des nächstfolgenden Werktages". Zu dem Begriff „allgemeiner Feiertag" im Sinne des § 222 ZPO. hat nun der Bayerische Verwaltungsgerichtshof eine prinzipielle Entscheidung erlassen. Gegen einen am 1. August 1902 zugestellten Regierungsentscheid kam am 16. August bei dem Bezirksamte Landau eine Beschwerde in Einlauf, welche vom Verwaltungsgerichtshofe mit Entscheidung vom 24. April 1903 (Bd. 24 S. 87) abgewiesen wurde, weil sie verspätet eingelaufen sei.

Der Verwaltungsgerichtshof führt aus: Die Frist zur Einreichung der Beschwerde sei am 15. August abgelaufen. Auf diesen Tag falle allerdings das Fest Mariä-Himmelfahrt, dieses Fest sei aber in Landau kein allgemeiner Feiertag, es sei nur besonderer Feiertag der Katholiken. Landau sei ein konfessionell gemischter Ort, es zähle 6814 Katholiken und 7375 Protestanten; daß die letzteren Mariä-Himmelfahrt nicht feierten, bedürfe keiner weiteren Ausführung, sie feierten auch tatsächlich diesen Tag nicht, er werde also nicht von beiden Konfessionen allgemein gefeiert und sei deshalb kein allgemeiner Feiertag und der staatlichen Anerkennung stände auch der Art. 82 der II. Verfassungsbeilage entgegen.

Die Bedeutung der in § 8 der VO. vom 30. Juli 1862 — RBl. S. 1285 — vorkommenden Bezeichnung „konfessionell gemischte Orte", wie sie der Verwaltungsgerichtshof annahm, ergibt sich aus einem Urteile des obersten Gerichtshofes vom 2. Dezember 1864 (KultusMBl. 1865 S. 8) und aus einer weiteren

oberstrichterlichen Entscheidung vom 29. Oktober 1870 (Reger, Polizeistrafgesetzgebung S. 65). Nach diesen Erkenntnissen sind jene Orte als konfessionell gemischte anzusehen, in denen die Bekenner der in der Minderheit befindlichen Konfession immer noch in einer solchen Anzahl vorhanden sind, daß sie annähernd die Hälfte oder wenigstens einen bedeutenden Bruchteil der Gesamtbevölkerung bilden.

Wenn nun in einem konfessionell gemischten Orte die Bekenner des annähernd die Hälfte oder wenigstens einen bedeutenden Bruchteil der Gesamtbevölkerung bildenden Konfessionsteiles einen Feiertag des andern nicht mitfeiern, so ist nach dem Verwaltungsgerichtshof dieser Tag kein allgemeiner Feiertag. Umgekehrt darf daraus gefolgert werden, daß ein solcher Tag ein allgemeiner Feiertag ist, wenn der in der Minderheit befindliche Konfessionsteil nicht annähernd die Hälfte oder wenigstens einen bedeutenden Bruchteil der Gesamtbevölkerung bildet oder wenn er im Falle eines bedeutenden Bruchteiles oder annähernd der Hälfte an einem solchen Tage aus irgend welchem Grunde seinen Geschäftsbetrieb einstellt — feiert.

Die Gerichte der Pfalz haben meines Wissens zu der Frage bisher noch keine Entscheidung getroffen.

Ob der § 222 ZPO. eine solche unter Umständen recht subtile Unterscheidung im Auge hat, könnte doch bezweifelt werden. Er spricht von allgemeinen Feiertagen, von Feiertagen, denen diese Eigenschaft wirklich zukommt, nicht von solchen, denen sie unter besonderen Umständen zukommen kann.

Allgemein ist ethymologisch das, was allen gemeinsam i s t, nicht das, was nur unter gewissen Voraussetzungen allen gemeinsam s e i n k a n n. Die nur einer Konfession eigenen Feiertage sind deshalb immer nur besondere Feiertage und sie behalten diesen ihren rein konfessionellen Charakter selbst dann, wenn die Angehörigen der anderen Konfession an diesen Tagen ihre Geschäfte nicht betreiben, wenn sie feiern. Denn durch die Geschäftsruhe, das passive Feiern, begehen sie selbstverständlich nicht die Feier solcher Tage ihrem Wesen als religiöser Feitertage nach. Als allgemeine — kirchliche — Feiertage können deshalb nur solche Tage angesehen werden, die von den anerkannten Konfessionen gemeinsam als solche gefeiert werden.

Die vom Verwaltungsgerichtshofe getroffene Auslegung könnte zu beinahe unüberwindlichen Schwierigkeiten führen. „Annähernd die Hälfte oder wenigstens ein bedeutender Bruchteil" sind außerordentlich dehnbare, jedenfalls nicht fest bestimmte Begriffe, die zulassen können, daß bei gleichem Zahlenverhältnisse an zwei verschiedenen Orten der eine als konfessionell gemischt, der andere als nur einer Konfession zugehörig angesehen werden könnte. Sie sind aber auch in der Praxis äußerst schwierig anzuwenden. Man denke beispielsweise nur einmal an den sehr häufig vorkommenden Fall des Einspruches gegen ein Versäumnisurteil. Das Gericht muß zunächst prüfen, ob er fristgerecht eingelegt wurde, erst dann kann in die Verhandlung zur Hauptsache eingetreten werden. Welcher Richter wird sofort in der Lage sein, festzustellen, ob und welche von den so und soviel Gemeinden seines Bezirks konfessionell gemischt sind und dies zur Zeit der Zustellung der Einspruchsschrift waren, in welchen dieser Orte annähernd die Hälfte oder wenigstens ein bedeutender Bruchteil der einen oder andern Konfession angehört und weiter ob überhaupt von annähernd der Hälfte oder einem bedeutenden Bruchteil gesprochen werden kann. Und wie dann, wenn die eine Partei die Rechtzeitigkeit des Einspruches mit Rücksicht auf diese Verhältnisse behauptet, die andere widerspricht? Sollen Beweise angeboten und durchgeführt werden? Wenn auch das Gericht die Rechtzeitigkeit des Einspruches von Amts wegen zu prüfen hat, so könnte es doch wohl die Parteibehauptungen nicht so ohne weiteres ignorieren, besonders dann nicht, wenn Beweisanträge gestellt würden. Daß die Prozeßordnung ihre Fristen an solche nur schwer und doch niemals absolut festzustellende Begriffe knüpfen wollte, kann kaum angenommen werden.

Nun kommt aber in Betracht, daß in Bayern der Gesetzgeber selbst schon einmal ausgesprochen hat, was er unter „allgemeiner Feiertag" verstanden wissen will und diesen, wenn auch in einem Spezialgesetze ausgesprochenen Willen des Gesetzgebers wird man bei Auslegung des Begriffes doch nicht außer acht lassen dürfen, und dies um so weniger, als er gerade mit Rücksicht auf den Fristenlauf ausgesprochen wurde.

Nach Art. 92 WO. ist bei Wechseln, die an einem Sonn- oder allgemeinen Feiertage verfallen, der nächste Werktag der Zahlungstag. Hierzu hat das Bayerische Einführungsgesetz vom 25. Juli 1850 in Art. 5 bestimmt:

„Bis zum Erscheinen eines allgemeinen Gesetzes über die Feiertage findet die Vorschrift des Art. 92 WO. auf diejenigen Tage Anwendung, welche n a c h d e n G e s e t z e n o d e r d e m H e r k o m m e n eines jeden Ortes bisher als christliche Feiertage im Wechselgeschäfte gegolten haben".

Also Gesetz oder Herkommen bezeichnet der Gesetzgeber als Merkmale des allgemeinen Feiertages. Unter Berücksichtigung dieser Merkmale wird die Frage, was allgemeine Feiertage sind, kaum mehr Schwierigkeiten bieten, da diese Merkmale für jedermann leicht erkennbar sind. Das Gesetz muß eben jedermann kennen und das Herkommen ist jedermann bekannt.

Nun kann aber ein Tag vom Gesetz sehr wohl als Feiertag erklärt werden und damit allgemeiner Feiertag sein, ohne daß er in Wirklichkeit allgemein gefeiert wird. Es brauchen dies nicht immer kirchliche religiöse Feiertage zu sein, auch politische Feiertage, wie beispielsweise Geburts- und Namensfeste des Landesherrn können darunter begriffen sein. Ist ein solcher Tag vom Gesetz als Feiertag erklärt, so ist er nach Art. 5 des EinfG. zur WO. allgemeiner Feiertag, selbst wenn er hier und da nur teilweise oder gar nicht gefeiert wird. Er muß im Rechtsleben und jedenfalls von den staatlichen Organen als solcher respektiert werden.

Daß Mariä-Himmelfahrt in der Pfalz ein gesetzlicher Feiertag ist, dürfte aber kaum bestritten werden können. Durch das Gesetz vom 29. Germinal X wurde der Tag ausdrücklich als Feiertag erklärt. Les jours de fêtes qui s e r o n t célébrés en France, outre les dimanches, sont: . . . L'Assomption de la très-sainte Vierge . . . Im Ausschreiben der Regierung des Rheinkreises vom 9. Januar 1818 — Intelligenzblatt S. 9 — ist er als solcher anerkannt; durch Allerhöchste Verordnung vom 19. Februar 1824 — ABl. S. 14 — wurden zu den b e s t e h e n d e n g e s e t z l i c h e n Feiertagen des Rheinkreises noch weitere hinzugefügt und durch weiteres Königl. Reskript vom 24. März 1825 — ABl. Nr. 3 — wurde der Karfreitag unter die im Rheinkreise g e s e t z l i c h zu feiernden kirchlichen

Feste aufgenommen. Nach diesen Bestimmungen gelten nun in der Pfalz als gesetzliche Feiertage die beiden Weihnachts-, Ostern- und Pfingsttage, Neujahr, Karfreitag, Christi-Himmelfahrt, Mariä-Himmelfahrt, Fronleichnam, Allerheiligen.

Wenn man nun einwenden will, durch Art. 82 der zweiten Verfassungsbeilage seien diese Bestimmungen für Mariä-Himmelfahrt — und ebenmäßig auch für Karfreitag, Fronleichnam und Allerheiligen — aufgehoben, so dürfte dem nicht zuzustimmen sein. Eine ausdrückliche Bestimmung enthält der Artikel in dieser Beziehung nicht; er will und kann aber auch keine solche enthalten. Durch die zweite Verfassungsbeilage werden nach ihrer Ueberschrift die äußeren Rechtsverhältnisse der Einwohner des Königreichs Bayern in bezug auf Religion und kirchliche Gesellschaften geregelt. Der Art. 82 regelt dann speziell das gegenseitige Verhalten der Konfessionen an ihren besonderen Feiertagen, nach ihm ist kein Religionsteil schuldig, die besonderen Feiertage des andern zu feiern; es steht ihm frei, an solchen Tagen sein Gewerbe und seine Hantierungen auszuüben, jedoch ohne irgend welche Störung des Gottesdienstes des anderen Teiles und ohne Verletzung der Achtung, die jede Religionsgesellschaft der andern bei Ausübung ihrer religiösen Handlungen und Gebräuche schuldig ist. Er beschäftigt sich also gar nicht mit der Frage, welche Tage Feiertage sind, er setzt solche nicht ein, er schafft solche nicht ab, er steht auch weder der Einsetzung noch der Abschaffung entgegen; er setzt bestehende, einseitig konfessionelle Feiertage voraus und regelt dann das Verhalten der Konfessionen gegeneinander an solchen, dem einen Teile besonderen Feiertagen. Er bezweckt lediglich Aufrechterhaltung der Ordnung und dann auch, daß nicht entgegen der durch die Verfassung garantierten Gewissensfreiheit die Bekenner der einen Konfession gezwungen werden können, die besonderen Feiertage der andern als solche mitzufeiern. Man wird also aus diesem Artikel Schlüsse für die gestellte Frage wohl nicht ziehen dürfen.

Dazu kommt aber, daß durch die erwähnten Kgl. Verordnungen vom 19. Februar 1824 und 24. März 1825, also nach Erlaß der Verfassung, noch weitere konfessionelle Feiertage — Karfreitag, Fronleichnam — als gesetzliche Feiertage erklärt wurden, was doch nicht hätte geschehen können, wenn man angenommen hätte, der Art. 82 stehe dem entgegen.

Muß man sonach annehmen, daß die erwähnten Gesetze und Verordnungen heute noch zu Recht bestehen, dann ist Mariä-Himmelfahrt ein gesetzlicher und damit nach dem oben angeführten Art. 5 des EinfG. z. WO. ein allgemeiner Feiertag in dem Sinne, daß er von jedermann als solcher respektiert, wenn auch nicht seinem Wesen nach gefeiert werden muß.

In der Pfalz hat man dies auch bisher noch nie angezweifelt; der Tag wurde immer als gesetzlicher Feiertag angesehen und behandelt und die Entscheidung des Verwaltungsgerichtshofes stellt selbst fest, daß in Landau an diesem Tage die Behörden, Anwälte und Notare schließen. Wenn Post und Bahn nicht schließen, so kann daraus wohl nichts Entscheidendes gefolgert werden, weil diese Institute mit Rücksicht auf die Natur ihres Betriebes diesen auch an den beiden Konfessionen gemeinsamen Feiertagen nicht vollständig einstellen.

Das EinfG. z. WO. ist nun allerdings ein Spezialgesetz. Daraus wird man aber doch nicht folgern dürfen, daß die Bestimmung des Art. 5 nur ausschließlich auf Wechselsachen angewendet werden kann. Denn es ist doch nicht angängig, daß unter Umständen bei demselben Gericht und in derselben Sitzung ein Tag einmal, wenn es sich etwa im Wechselprozesse um die Rechtzeitigkeit der Protesterhebung — Art. 41 WO. — handelt, als allgemeiner Feiertag, unmittelbar darauf aber, wenn im ordentlichen Verfahren vielleicht die Rechtzeitigkeit eines Einspruches gegen ein Versäumnisurteil in Frage stünde, als Werktag behandelt würde.

Was für Mariä-Himmelfahrt gilt, trifft in der Pfalz auch für Karfreitag, Fronleichnam und Allerheiligen zu.

Kanzleirat Merck,
Obersekretär am Oberlandesgerichte Zweibrücken.

Das Beschwerderecht der Gläubiger des Vergütungspflichtigen in der freiwilligen Gerichtsbarkeit. Dem Beschluß des OLG. Hamburg vom 30. Juli 1906 (RJA. 8, 24 = ZBlFG. 7, 769) liegt folgender Sachverhalt zugrunde: Auf Grund des § 1960 BGB. war eine Nachlaßpflegschaft angeordnet, später wurde über den Nachlaß Konkurs eröffnet. Das Nachlaßgericht setzte die Vergütung für den Nachlaßpfleger fest und ein Konkursgläubiger erhob gegen diese Verfügung Beschwerde. Das OLG. erachtete ihn hierzu für legitimiert: Die Nachlaßpflegschaft diene nicht nur zur Sicherung des Erben, sondern auch zur Sicherung der Nachlaßgläubiger. Jeder Gläubiger habe ein Recht darauf, daß der Nachlaß nach Maßgabe der Gesetze auch zu seiner Befriedigung verwendet werde. Bewillige das Nachlaßgericht dem Nachlaßpfleger zu Unrecht eine Vergütung, so werde das Recht des Gläubigers beeinträchtigt, sobald die Vergütung zur Folge habe, daß er aus dem Nachlaß weniger erhalte, als er sonst erhalten würde. Nach § 20 FGG. sei er daher zur Beschwerde berechtigt; dieses Recht habe er durch die Konkurseröffnung nicht verloren. Es handle sich hier um eine Beschwerde gegen eine Verfügung, durch die eine am Konkurs beteiligte Forderung zu Unrecht begründet sein solle. Daß eine solche Beschwerde nur dem Konkursverwalter zustehe, sage das Gesetz nicht.

Dieser Ansicht ist nicht beizustimmen.

Nach § 20 FGG. steht die Beschwerde dem zu, dessen Recht durch die Verfügung beeinträchtigt ist; das beeinträchtigte Recht kann ein einzelnes, materielles selbständiges Recht sein, z. B. das Erbrecht, das Firmenrecht,[1]) oder auch das jedem bei der Angelegenheit Beteiligtem zustehende Recht auf eine der Sach- und Rechtslage entsprechende Entscheidung, also auf eine gerechte und sachgemäße Abgrenzung seines Rechtskreises.[2]) Die Beschwerde steht hiernach in Fällen der Eingangs gedachten Art zweifellos dem Vergütungsberechtigten und dem Vergütungspflichtigen zu;[3]) zwar ist nicht ein bestimmtes materielles Recht

[1]) Vgl. Josef, Kommentar zum FGG. (zweite Auflage, 1906) Anm. 2 A zu § 20.

[2]) S. ebenda Anm. 2 Bb, ferner Unger in ZZP. 36 102—112, der überhaupt nur dieses Recht auf eine sachgemäße Entscheidung als unter § 20 fallend ansieht. Eines Eingehens auf diese Frage bedarf es hier nicht.

[3]) Vgl. Unger in ZZP. 34, 302 Anm. 157. So steht dem Verschwender nach Aufhebung der Vormund-

dieser beeinträchtigt, wohl aber das eben erwähnte, jedem bei einer Angelegenheit der freiwilligen Gerichtsbarkeit „Beteiligten“ zustehende Recht auf eine richtige, sachgemäße Entscheidung. Gehören nun zu den so „Beteiligten“ aber auch die **Gläubiger** des Vergütungspflichtigen, wofern sie Gefahr laufen, infolge der ihrem Schuldner durch die Verfügung auferlegten Verpflichtung an ihren eigenen Forderungen gegen den Vergütungspflichtigen Schaden zu erleiden? Um diese vom OLG. Hamburg bejahte Frage zu entscheiden, nehme man folgenden Fall: Das Vormundschaftsgericht bewilligt dem Vormund oder dem der Mutter bestellten Beistand eine Vergütung; im ersteren Fall steht nach der Sondervorschrift des § 57 Ziff. 7 FGG. dem Gegenvormund[1]) im zweiten Fall der Mutter[2]) die Beschwerde zu, dagegen den **Gläubigern** des Mündels selbst dann nicht, wenn infolge ungünstiger Vermögenslage des Mündels durch die Gewährung der Vergütung an den Vormund etwa die Befriedigung der Mündelgläubiger geschmälert wird. So wenig die Gläubiger bei der Frage beteiligt sind, ob das Vormundschaftsgericht eine Rechtshandlung des Vormundes genehmigen darf (RG. 56, 125), ebensowenig sind sie beteiligt bei der Entscheidung des Vormundschaftsgerichts über die vom Mündel dem Vormund zu zahlende Vergütung, d. h. die Gläubiger haben nicht ein Recht i. S. des § 20 darauf, daß die Entschließung des Gerichts über die Gewährung der Vergütung richtig, sachgemäß erfolge und folglich steht ihnen mangels eines Rechts, das i. S. des § 20 FGG. beeinträchtigt sein könnte, die Beschwerde gegen die ergangene Entscheidung nicht zu. Die Gläubiger haben wohl ein wirtschaftliches Interesse an den gedachten Entscheidungen des Vormundschaftsgerichts, also daß ein dem Mündel vorteilhafter Vertrag genehmigt und hiermit ihre Aussicht auf Befriedigung gebessert werde, oder daß die Vergütung dem Vormund (Beistand) abgesprochen und der Betrag dem Mündelvermögen zur Befriedigung der Gläubiger verbleibe. Aber die Entschließung des Gerichts ergeht nicht über das Recht der Gläubiger, die Verfügung enthält keinen unmittelbaren Eingriff in ihr Recht, wie dies Voraussetzung der Beschwerdebefugnis ist, für die also ein bloßes wirtschaftliches Interesse an der Aenderung der Verfügung nicht genügt.[1]) Und wenn das Gericht einen Verwahrer bestellt hat, dem die den Miterben geschuldeten Sachen abgeliefert werden sollen (§ 2039) und es sodann die Vergütung für den Verwahrer festsetzt, so sind nach § 165 Abs. 3 FGG. als „Beteiligte“ zwar die Miterben und der Verwahrer zu hören, nicht aber die Nachlaßgläubiger. Diese haben bei Unzulänglichkeit des Nachlasses zwar ein Interesse daran, daß dem Nachlaß nicht noch ein Betrag zur Vergütung des Verwahrers entzogen werde; aber sie sind nicht bei Festsetzung der Vergütung beteiligt, haben folglich ein Recht i. S. des § 20 auf eine sachgemäße Entscheidung und sind also auch nicht beschwerdeberechtigt.

schaft die Beschwerde gegen die Verfügung zu, durch die das Vormundschaftsgericht die Vergütung für den Vormund festsetzt; KG. RJA. 6, 13 = ZBlFG. 6, 270. Daher steht, wenn das Gericht dem Gegenvormund eine Vergütung zubilligt, die Beschwerde dem Mündel, vertreten durch den Vormund, zu; Schultzenstein, ZZP. 25, 198. Da die Mutter die Lasten des Kindesvermögens zu tragen hat und zu diesem auch die dem Beistand bewilligte Vergütung gehört (§§ 1654, 1686, 1694), so steht der Mutter gegen diese Verfügung auch im eigenen Namen die Beschwerde zu. Anderseits muß das beeinträchtigte Recht schon zu der Zeit bestehen, wo die angefochtene Verfügung in Wirksamkeit tritt (KGJ. 25, 3 = ZBlFG. 3, 335); der Nacherbe aber wird Erbe erst mit Eintritt des Falls der Nacherbfolge (§ 2139), vor diesem Zeitpunkt hat er also nicht das oben erwähnte Recht auf eine sachgemäße, richtige Entscheidung. Daher steht die Beschwerde nicht dem Nacherben zu, wenn die Verfügung, durch die das Nachlaßgericht dem Pfleger die Vergütung zubilligt, vor Eintritt der Nacherbfolge wirksam geworden, d. h. dem Vorerben bekannt gemacht war § 16 Abs. 1 FGG.). Die anscheinend entgegengesetzte Ansicht von Schultzenstein a. a. O. und im JLBl. 00, 65 dürfte nicht richtig sein.

[1]) Namens des Mündels; denn das eigne Recht des Gegenvormundes ist nicht beeinträchtigt.

[2]) Als Vertreterin des Kindes, aber auch im eignen Namen als Nießbraucherin des Kindesvermögens; s. Anm. 3.

Genau dieselben Gesichtspunkte gelten im Eingangs gedachten Fall. Es handelte sich dort um die Sicherungspflegschaft aus § 1960, die dem Gericht von Amts wegen im Interesse des Nachlasses, zum Schutz des Erben obliegt, unabhängig davon, ob Gläubiger vorhanden sind.[2]) Wäre der Konkurs nicht eröffnet, so hätte der Pfleger dem ermittelten Erben den Nachlaß zur freien Verfügung herausgeben müssen; und die Verfügung, durch die das Nachlaßgericht dem Pfleger eine Vergütung zubilligte, wäre dann zweifellos eine Angelegenheit lediglich zwischen dem Erben und dem Pfleger, bei der die Nachlaßgläubiger gar nicht beteiligt sind, so daß ihnen gegen jene Verfügung die Beschwerde nicht zugestanden hätte, selbst wenn infolge ungünstiger Vermögenslage des Erben ihre Befriedigung durch die Zuweisung eines Betrages an den Pfleger geschmälert würde. Daran daß dies unterbleibe, haben sie wohl ein wirtschaftliches Interesse, aber dieses legitimiert sie nicht zur Beschwerde, die vielmehr allein dem Erben, als dem Vergütungspflichtigen und allein Beteiligten zustände. Infolge der Konkurseröffnung geht nun dies Beschwerderecht des Erben nach § 6 KO. auf den Verwalter über; der Konkursverwalter allein hat also kraft seines Verwaltungs- und Verfügungsrechts Beeinträchtigungen der Masse abzuwenden und ihm allein steht also die Beschwerde gegen die Verfügung des Nachlaßgerichts zu, durch die es die Vergütung des früheren Nachlaßpflegers (nach § 224 Ziff. 4 KO. eine Masseschuld) festsetzt. Ein Beschwerderecht der Nachlaßgläubiger bestand also, wie oben dargelegt, vor der Konkurseröffnung nicht und ist durch diese erst recht nicht entstanden. — Das Gleiche gilt für die Nachlaßverwaltung, also für die Nachlaßpflegschaft zwecks Befriedigung der Nachlaßgläubiger (§ 1975). Wird z. B. der bestellte Verwalter noch vor Beendigung der Verwaltung unfähig, sie zu Ende zu führen, so setzt

[1]) Vgl. Josef, Kommentar Anm. 3 a zu § 20.

[2]) Daher steht, auch wenn ein Nachlaßgläubiger diese von Amts wegen zu entfaltende Tätigkeit des Gerichts angeregt hat, ihm gegen die ablehnende Verfügung die Beschwerde nicht zu. Dagegen gibt § 1961 jedem **Gläubiger** ein **Recht** auf Bestellung eines Nachlaßpflegers, gegen den er den Anspruch geltend machen will und es steht ihm daher gegen die Ablehnung des Antrages die Beschwerde zu. So KGJ. 22, 72 = RJA. 2, 121. Vgl. Josef, Kommentar Anm. 2 A c, 3 a und 6 zu § 20.

das Gericht die Vergütung des Verwalters (§§ 1987, 1915, 1836) fest; gegen diese Verfügung steht dem Erben die Beschwerde zu, den Nachlaßgläubigern aber selbst dann nicht, wenn durch die Zuweisung von Nachlaßvermögen an den Verwalter ihre eigene Befriedigung geschmälert wird. Die Nachlaßgläubiger sind bei dieser Verfügung des Nachlaßgerichts ebensowenig beteiligt, wie im oben gedachten Fall bei Festsetzung der Vergütung an den Verwahrer (§ 165 FGG.). Daraus folgt, daß auch wenn die Nachlaßverwaltung infolge der Konkurseröffnung beendigt wird und das Nachlaßgericht die Vergütung für den früheren Nachlaßverwalter festsetzt, nicht den Konkursgläubigern, sondern nur dem Konkursverwalter die Beschwerde gegen die Festsetzung zusteht.

Das Ergebnis dieser Untersuchung ist hiernach:

Setzt das Gericht der freiwilligen Gerichtsbarkeit eine Vergütung fest, so steht die Beschwerde gegen diese Verfügung dem Vergütungsberechtigten und dem Vergütungspflichtigen zu; denn diese haben als die bei dieser Angelegenheit Beteiligten ein Recht i. S. des § 20 FGG. auf eine sachgemäße Entscheidung. Dagegen steht dies Recht den Gläubigern des Vergütungspflichtigen auch dann nicht zu, wenn durch die Festsetzung der Vergütung, die dem Vermögen ihres Schuldners entzogen wird, ihre Befriedigung geschmälert wird. Dieser letztere Umstand gibt ihnen nur ein wirtschaftliches Interesse, das zur Beschwerde nicht legitimiert, keineswegs aber ein Recht auf eine sachgemäße Entscheidung. Folglich steht, wenn zunächst eine Nachlaßpflegschaft angeordnet war und sodann der Nachlaßkonkurs eröffnet wird, die Beschwerde gegen die Verfügung des Nachlaßgerichts, durch die es die Vergütung für den Pfleger festsetzt, dem Konkursverwalter zu, auf den das Verwaltungsrecht des (vergütungspflichtigen und darum beschwerdeberechtigten) Erben übergegangen ist, nicht aber den Konkursgläubigern.

Rechtsanwalt Dr. Josef in Freiburg i. B.

Aus der Praxis der Gerichte.

Reichsgericht.

A. Zivilsachen.

I.

Anfechtung eines Gesellschaftsvertrages wegen Irrtums über die Vertrauenswürdigkeit des Ehemannes der Gesellschafterin, welcher vertragsgemäß an Stelle der letzteren zur Geschäftsführung befugt war. (§ 119 BGB., § 114 HGB.). Aus den Gründen: Das OLG. nimmt an, daß sich der Kläger bei Eingehung des Gesellschaftsvertrages über die persönliche Vertrauenswürdigkeit des Ehemannes B. im Irrtume befunden habe. An der Hand mehrerer Einzelfälle legt es dar, daß sich B. als ein Mann gezeigt habe, der sich nicht scheue, die Vertrauensseligkeit und Unvorsichtigkeit anderer eigennützig auszubeuten, und der daher als ein gewissenhafter und redlicher Kaufmann nicht angesehen werden könne. Der Kläger, der diese belastenden Umstände erst nach dem Abschlusse des Gesellschaftsvertrages in Erfahrung gebracht habe, sei auf Grund von § 119 BGB. berechtigt, den Vertrag anzufechten. Inhalt des Vertrages sei es gewesen, daß sich die Beklagte zur Gewährung der Tätigkeit ihres Geschäftsführers B. für den gemeinschaftlichen Geschäftsbetrieb verpflichtet habe. B. habe zwar nicht selbst Gesellschafter werden sollen, aber als bevollmächtigter Leiter des Geschäfts eine dem Gesellschafter ähnliche Stellung eingenommen; seine persönlichen Eigenschaften seien für die Gesellschaft von der gleichen Bedeutung, wie wenn er selbst Gesellschafter wäre. Bei der Eingehung eines Gesellschaftsvertrages aber sei die persönliche Vertrauenswürdigkeit des Gesellschafters nach den Anschauungen des Verkehrs eine so wesentliche Eigenschaft der Person, daß bei ihrem Fehlen angenommen werden müsse, der andere Gesellschafter würde sich, wenn er diesen Mangel gekannt hätte, bei verständiger Würdigung des Falles auf den Vertrag nicht eingelassen haben. Die Revision rügt falsche Anwendung des § 119 BGB. Sie zieht zwar nicht in Zweifel, daß bei der Eingehung eines Gesellschaftsvertrages die geschäftliche Vertrauenswürdigkeit des andern Gesellschafters eine Eigenschaft der Person sei, die im Verkehre als wesentlich angesehen werde, und daß daher ein Irrtum hierüber als Irrtum über den Inhalt des Vertrages gelten müsse, sie beanstandet aber die Uebertragung dieses Satzes auf den Geschäftsführer. Ein Irrtum über persönliche Eigenschaften des Vertragsgegners liege nicht vor. B. sei dem Vertrage nicht beigetreten, und die Beklagte habe keine Mittel an der Hand gehabt, seine Dienste zu erzwingen. Auch reichten die Befugnisse eines Geschäftsführers nicht so weit, wie die eines Teilhabers, und es bestehe die Möglichkeit, nach dieser Richtung noch weitere Beschränkungen eintreten zu lassen. Dabei weist die Revision darauf hin, daß in dem schriftlichen Vertrage von den Diensten des B. überhaupt nicht die Rede sei.

Der Rechtsauffassung des OLG. ist beizutreten. Daß in dem schriftlichen Vertrage von den Diensten des B. nicht die Rede ist, ist unerheblich. Denn nach der Feststellung des OLG., die den übereinstimmenden Erklärungen beider Parteien entspricht, war es der Wille der vertragschließenden Teile, daß die nominelle Inhaberin der verklagten Firma selbst keinerlei Tätigkeit für den gemeinschaftlichen Geschäftsbetrieb entfalten, daß vielmehr die ihr obliegende Geschäftsführung (§ 114 Abs. 1 HGB.) durch ihren Ehemann bewirkt werden sollte, der auch allein über die erforderlichen fachmännischen Kenntnisse verfügte. Der Ehemann war also vertragsmäßig als die Person bezeichnet, die an Stelle des Geschäftsinhabers persönliche Dienste für die Gesellschaftszwecke wie ein Gesellschafter leisten solle. Ob die Beklagte in dieser Hinsicht auf B. einen Zwang ausüben konnte, ist ohne Belang. Es genügt, daß alle Beteiligten davon ausgingen, daß er sich der Dienste nicht weigern werde. Und geschah dies doch, so hatte jedenfalls der Kläger das Recht, die Beklagte als vertragsbrüchig zu behandeln, während sich anderseits die Beklagte eine einseitige Beschränkung der Befugnisse des B. durch den Kläger nicht gefallen zu lassen brauchte. War demnach B. freilich nicht Vertragsgegner, aber doch die Person, die durch ihr eigenes Tun die gesellschaftlichen Leistungen in bezug auf die Führung der Geschäfte zu beschaffen hatte, so ist es ohne weiteres einleuchtend, daß seine persönlichen Eigenschaften für die gedeihliche Entwicklung der Gesellschaft von entscheidendem Einflusse waren. Es wäre daher in hohem Maße unbillig, einen Irrtum des Gegenkontrahenten über diese Eigenschaften unbeachtet zu lassen, sofern sie nach der Verkehrsanschauung als wesentlich anzusehen sind. Das Gesetz bietet dazu keinen Anhalt. Es sagt in Abs. 2 des § 119 allgemein, daß der Irrtum über solche Eigenschaften „der Person", die im Verkehre als wesentlich angesehen werden, als Irrtum über den Inhalt der Willenserklärung gelten soll. Daß bei einem Vertrage unter „der Person" allemal nur der andere Vertragsteil verstanden werden dürfe — wie die Revision unterstellt —, kann nicht als richtig anerkannt werden. Es kann nur darauf ankommen,

daß die Eigenschaften der Person, um die es sich handelt, für den Inhalt und den Zweck des betreffenden Rechtsgeschäftes von Bedeutung sind, was hier unbedenklich zu bejahen ist. (Urt. des I. ZS. vom 2. Oktober 1907, I 586/07).

1097 D.

II.

Wegen Zuführung übler Gerüche (§ 906 BGB.) kann Schadensersatz nicht verlangt werden, wenn nur eine Belästigung oder Gefährdung, nicht aber ein zahlenmäßig abschätzbarer Schaden nachgewiesen werden kann. Aus den Gründen: Beide Vorderrichter sprechen dem Kläger die für die Entwertung seiner Wohnung verlangten 150 Mk. jährlich deshalb ab, weil der Kläger nach wie vor in seiner Wohnung geblieben sei und einen besondern Geldschaden nicht darzulegen vermöge, wenn auch das Wohnen im Haus vielleicht wegen der übeln Gerüche lästig gewesen sei und Sachverständige den Minderwert der Wohnung deshalb auf 150 Mk. geschätzt hätten. Diese Entscheidung ist trotz des dagegen gerichteten Angriffes der Revision einwandfrei. Wie in vielen anderen Fällen kann auch hier wegen noch so lästiger, vielleicht sogar gefährlicher Zustände Schadensersatz deshalb nicht verlangt werden, weil dieser nicht zahlenmäßig in Geld veranschlagt und festgesetzt werden kann. Die Revisionsbegründung behauptet zwar jetzt, die eigene Nutzung des Klägers sei jährlich um 150 Mk. geringer geworden, aber wie sich diese zusammensetzen, ist nicht erfindlich. Jeder Schaden ist an sich nur Vermögensschaden; Schmerzensgeld u. dgl. gewährt das Gesetz nur in besondern Fällen. (§§ 253, 847, 1300 BGB.). Ein in der Vergangenheit erlittener Vermögensschaden in Ansehung der Wohnung ist aber nicht dargelegt und gegen künftige Schädigung in dieser Richtung schützt den Kläger das im Berufungsurteil ausgesprochene Verbot weiterer lästiger Zuführungen. (Urt. des V. ZS. vom 19. Oktober 1907, V 42/07).

1092 — — — n.

III.

Erwerb privater Benutzungsrechte an einem Bache nach gemeinem Rechte. Unvordenkliche Verjährung. Nach dem gemeinen Rechte konnten vor dem 1. Januar 1900 „Benutzungsrechte, die den gemeinen Gebrauch ausschließen oder übersteigen" („vorzugsweise Benutzungsrechte" nach der Bezeichnung Windscheids), durch unvordenkliche Verjährung erworben werden; an den Voraussetzungen eines solchen Erwerbs aber fehlt es schon deshalb, weil die von den Revisionsklägern ausgeübte Nutzung nach der unanfechtbaren Feststellung des Berufungsrichters über die Grenzen des gemeinen Gebrauchs überhaupt nicht hinausgegangen ist. Wollte man aber auch in dem Dasein eines Privatrechts an sich schon eine Beeinträchtigung und Ueberschreitung des gemeinen Gebrauchs erblicken und deshalb Privatrechte mit gleichem Inhalt wie dem des gemeinen Gebrauchs zulassen, so würde dennoch die von der Revision erhobene Rüge des Rechtsirrtums nicht begründet sein. Nach den Ausführungen der Revision soll der Berufungsrichter die von dem Reichsgericht in den Entsch. Bd. 24 S. 165 und in der JW. 1903 S. 387 Nr. 16 aufgestellten Rechtsgrundsätze über die unvordenkliche Verjährung verletzt haben. Darnach seien die Voraussetzungen der unvordenklichen Verjährung ohne weiteren Nachweis schon dann gegeben, wenn seit unvordenklicher Zeit ein tatsächlicher Zustand bestehe, der seiner äußeren Erscheinung nach eine Rechtsausübung darstellen könne, und das sei hier der Fall. In dem Urteil vom 22. September 1903 (JW. S. 387 Nr. 16) ist jedoch bereits hervorgehoben, daß zwar in der Regel der Nachweis einer tatsächlichen Uebung, die den Inhalt eines Rechtes darstellen könne, den Nachweis der Absicht, ein Recht auszuüben, überflüssig macht, daß jedoch diese Regel nach der besonderen Gestaltung des Falles Ausnahmen erfahren könne. Eine solche Ausnahme wurde in dem dort vorliegenden Falle in dem Umstande gefunden, daß das Fischen, worum es sich handelte, auch die Ausübung eines allen Gemeindegliedern zustehenden Rechts sein konnte, und mit Rücksicht darauf wurde der Nachweis, daß das Fischen nicht Ausübung des Gemeindegliederrechts, sondern die eines besonderen Privatrechts gewesen sei, für notwendig erklärt. Nicht anders aber liegt im vorliegenden Falle die Sache, wo keine Handlungen vorliegen, die über die Grenzen des gemeinen Gebrauchs hinausgehen und wo also die Benutzung des Stadtbachs ihre nächstliegende Erklärung in dem allen Bürgern, insbesondere allen Gerbern zustehenden gemeinen Gebrauch des Stadtbachs findet. (Urt. des V. ZS. vom 12. Oktober 1907, V 68/07).

1091 — — — n.

B. Strafsachen.

Preßgesetz. Vorzeitige Veröffentlichung einer Anklageschrift. Kann der Einsender Täter sein?

Aus den Gründen: Die §§ 17, 18 Nr. 1 PreßG. regeln nicht wie die in §§ 6 ff. enthaltenen Bestimmungen die äußere Ordnung der Presse, sondern beziehen sich auf den Inhalt der Preßerzeugnisse. Der Gegenstand der Veröffentlichung ist für deren Strafbarkeit entscheidend. Daher haben die angeführten Strafbestimmungen nicht etwa die Bedeutung einer Ordnungsvorschrift, die sich ausschließlich an die bei der Herstellung und Verbreitung der Preßerzeugnisse beteiligten und für die Einhaltung der äußeren Ordnung allein verantwortlich erklärten Personen richtet, und der nur diese Personen zuwiderhandeln können; vielmehr soll dadurch ein bestimmter, vom Gesetze mißbilligter Erfolg verhütet werden, dessen Herbeiführung nach den allgemeinen Regeln über Täterschaft und Teilnahme geahndet wird. Die Strafe aus § 18 Nr. 1 PreßG. trifft demnach auch denjenigen, der die vorzeitige Veröffentlichung einer Anklageschrift vorsätzlich dadurch ermöglicht und herbeigeführt hat, daß er diese (— ganz, teilweise oder im Auszuge —) mit dem Willen, daß sie als Schriftstück Aufnahme und öffentliche Verbreitung in einem Preßerzeugnis finde, an die mit dessen Herstellung befaßten Personen überlassen hat. In dieser vorsätzlichen Handlung liegt eine Ursache des herbeigeführten, strafrechtswidrigen Erfolges. Ob und in welcher Form strafrechtlicher Teilnahme dabei einerseits der Einsender und anderseits die Personen verantwortlich sind, von denen später die Veröffentlichung unmittelbar herbeigeführt wurde, das bemißt sich gleichfalls nach allgemeinen strafrechtlichen Grundsätzen, sonach wesentlich nach der Beschaffenheit des Vorsatzes jedes einzelnen Mitwirkenden. Deshalb ist auch in der Rechtsprechung für die durch die Presse erfolgte vorzeitige Veröffentlichung der Anklageschrift oder anderer amtlicher Schriftstücke eines Strafprozesses als Täter der Einsender verantwortlich gemacht worden. (Vgl. Entsch. Bd. 22 S. 273 und Bd. 28 S. 411). Es ist daher nicht irrig, wenn die Strafkammer den Angeklagten auf Grund der Feststellung, daß er mehreren Zeitungen die darin vorzeitig veröffentlichten Auszüge aus der Anklageschrift zum Zwecke der Veröffentlichung überlassen habe, neben den Schriftleitern der Zeitungen als Mittäter aus § 18 Nr. 1 PreßG. verantwortlich gemacht hat. (Urt. vom 30. Oktober 1907, 1 D. 623/07).

1093 H.

Oberstes Landesgericht.

A. Zivilsachen.

I.

Umfang der Offizialtätigkeit des Hypothekenamts. Erforschung eines ausländischen Güterrechts. Eheliches Güterrecht in Ohio. (HypG. § 97). Im Hypothekenbuche des Amtsgerichts N. ist der Landwirtssohn Alois L. von H. als Eigentümer der Grundstücke Pl.Nr. 2644 ff. eingetragen. Am 14. März 1907 verkaufte laut notarieller Urkunde ein Bevollmächtigter des Alois L., der im Jahre 1890 nach den Vereinigten Staaten von Amerika ausgewandert ist und im Jahre 1896 sich als Fabrikarbeiter in T., Ohio, verheiratet hat, je sechs von dessen Grundstücken um 480 Mk. an den Landwirt Joseph L. in H. und die Landwirtseheleute Isidor und Marie G. Hierbei erklärten die Beteiligten, daß der eheliche Güterstand des Alois L. ihnen nicht bekannt sei. Die von einem öffentlichen Notar in T. und vom Kaiserlichen Konsulat in C. beglaubigte Vollmacht enthält die ausdrückliche Ermächtigung zur Veräußerung von Grundstücken. Auf Vorlegung der Urkunde trug das Hypothekenamt eine Vormerkung des Eigentumsüberganges in das Hypothekenbuch ein, die Umschreibung lehnte es ab, weil der eheliche Güterstand des Veräußerers nicht feststehe. Die vom Notare namens der Käufer eingelegte Beschwerde wurde zurückgewiesen. Auf die weitere Beschwerde der Käufer sind die Entscheidungen der Vorinstanzen aufgehoben und das Hypothekenamt angewiesen worden, anderweit zu verfügen.

Aus den Gründen: Nach § 97 HypG. soll das Hypothekenamt über den im § 96 bestimmten Bereich seiner Haftung hinaus zur Gültigkeit der einzutragenden Rechtsgeschäfte und zur Erhaltung der Rechte Beteiligter mitzuwirken suchen. Zu diesem Behufe kann es, wenn es sich um ein Rechtsgeschäft handelt, dessen Gültigkeit von dem ehelichen Güterstand eines Beteiligten abhängt, Aufschluß über den ehelichen Güterstand verlangen. Soweit dabei ausländisches Recht in Betracht kommt, ist das Hypothekenamt ebenso wie das Prozeßgericht in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten befugt, die ihm zu Gebote stehenden Erkenntnisquellen zu benutzen, und von dieser Befugnis soll es insbesondere dann Gebrauch machen, wenn es für die Beteiligten unverhältnismäßig schwieriger ist, das Erforderliche zu beschaffen. Die Vorinstanzen hätten daher erwägen sollen, ob ihnen nicht Mittel zu Gebote standen, sich auf einfachem Wege über das in dem Staate Ohio geltende eheliche Güterrecht zu unterrichten. Als gesetzliches Güterrecht der Ehegatten gilt in dem Staate Ohio wie in den meisten der Vereinigten Staaten vollständige Gütertrennung (vgl. E. Lehr, Etudes sur le droit civil des Etats-Unis de l'Amérique du Nord [1906], p. 22, 61; E. Roguin, Traité de droit civil comparé, le régime matrimonial [1905], p. 794 suiv., H. Gaillard, La condition des femmes dans la législation des Etats-Unis [1899], p. 48, 51, 65, 67). Mag es nun auch denkbar sein, daß Alois L. mit seiner Frau einen güterrechtlichen Vertrag geschlossen hat, durch den sie Rechte an seinen Grundstücken erlangt hat, so ist das Hypothekenamt doch nicht verpflichtet, festzustellen, ob ein solcher Vertrag besteht. Das ObLG. hat schon in dem Beschlusse vom 5. September 1903 (Neue Samml. Bd. 4 S. 620) darauf hingewiesen, daß die Frage, wieweit die im § 97 HypG. vorgeschriebene Tätigkeit ausgedehnt werden soll, nach verständigem Ermessen zu beantworten ist. Die Berücksichtigung fernliegender Möglichkeiten, die Erhebung von Anständen aus Gründen, deren Vorhandensein zu vermuten jeder Anhalt fehlt, würde dem Sinne des § 97 widersprechen. Von diesem Standpunkt aus würden die Vorinstanzen wohl nicht Anlaß genommen haben, die Befugnis des Alois L., ohne Mitwirkung seiner Frau die Veräußerung seiner Grundstücke einem Bevollmächtigten zu übertragen, in Zweifel zu ziehen, wenn ihnen bekannt gewesen wäre, daß das im Staate Ohio geltende eheliche Güterrecht die Mitwirkung der Frau nicht erforderlich macht. (Beschluß des I. ZS. vom 25. Oktober 1907, Reg. III 77/1907).

1099 W.

II.

Wird das Gemeindebürgerrecht dadurch verloren, daß bei einem Bürger infolge eines Umsatzes in seinem Vermögen die neue Steuerveranlagung sich nicht unmittelbar an die bisherige anschließt? Muß das Berufungsgericht nach einer auf Revision erfolgten Aufhebung eines früheren Urteils die vom Berufungsführer wiederholten Behauptungen, welche im früheren Urteil ohne Beanstandung des Revisionsgerichts für unbegründet erklärt wurden, wiederholt prüfen? (GemO. Art. 18, ZPO. § 565). Privatier Isidor P. ist im Jahre 1895 in M. verstorben. Auf Grund des privilegium Albertinum hat das Nachlaßgericht seinen Nachlaß der Witwe Katharina P. ohne Widerspruch der Verwandten überwiesen. Unter den Behauptungen, daß Isidor P. bei seinem Tode das Münchner Bürgerrecht nicht mehr besaß, sondern es längere Zeit vorher verloren hatte, da er nicht mehr mit einer direkten Steuer veranlagt war, daß ferner Witwe Katharina P. in einer vom Rechtspraktikanten Sch. geschriebenen und von ihr unterschriebenen Erklärung vom 12. Juli 1904 sich vergleichsweise zur Zahlung von 25 000 Mk. an Maria und Katharina F. erboten habe, haben diese beiden als nächste Verwandte des Isidor P. im Jahre 1904 Erbansprüche an dessen Nachlaß erhoben und mit der Klage die Verurteilung der Katharina P. zur Zahlung von 25 000 Mk. nebst Zinsen beantragt. Die Klage ist vom LG. abgewiesen, die Berufung der Klägerinnen vom OLG. vom 13. Januar 1906 zurückgewiesen worden. Letzteres Urteil wurde vom ObLG. am 4. Mai 1906 aufgehoben; die Sache wurde zurückverwiesen, weil die Vorinstanzen von der Beklagten nicht den Beweis gefordert hatten, daß ihr Mann bis zu seinem Tode mit einer direkten Steuer veranlagt war. Darin, daß der Erklärung der Beklagten vom 12. Juli 1904 die Rechtswirksamkeit von den Vorderrichtern abgesprochen wurde, hat das Revisionsgericht einen Revisionsgrund nicht gefunden. In der neuen mündlichen Verhandlung vor dem OLG. wiederholten die Parteien die früheren Anträge. Der Anwalt der Beklagten legte urkundliche Nachweise dafür vor, daß Isidor P. bis zum 5. Juli 1887 als Eigentümer des Anwesens Haus-Nr. 34 in M. mit Haussteuer und von da an zuerst mit Kapitalrentensteuer, später auch wieder mit Haussteuer veranlagt war und daß er von dem städtischen Einwohneramte vom 15. Dezember 1882 an bis zu seinem Tode in der Liste der Bürger geführt wurde. Für das III. Quartal 1887 berief er sich auf ein Zeugnis des Stadtrentamts M., in dem bestätigt wird, daß Isidor P. aus einem Kapitalrentenbezuge, der am 1. Juli 1887 begonnen hat, vom Beginne des IV. Quartals 1887 an mit Steuer veranlagt war. Der Anwalt der Klägerinnen bestritt, daß dieses Zeugnis den Nachweis einer ununterbrochenen Steuerveranlagung liefern könne. Das OLG. hat die Berufung der Klägerinnen abermals zurückgewiesen. In den Gründen wird zunächst bemerkt: Da das ObLG. in seiner Entscheidung vom 4. Mai 1906 die Ansicht gebilligt habe, daß der von der Beklagten am 12. Juli 1904 abgegebenen Erklärung Rechtswirksamkeit nicht zukomme, sei nur zu prüfen, ob Isidor P. z. Z. seines Todes das Bürgerrecht noch hatte. Diese Frage sei zu bejahen. Der Beweis für die Steuerveranlagung in den Jahren 1887 und 1888 sei durch das rentamtliche Zeugnis erbracht und dieses werde noch durch die

Bestätigung des Einwohneramts unterstützt. Die Revision der Klägerinnen blieb erfolglos.

Aus den Gründen: Auf Grund des Zeugnisses des Stadtrentamts M., einer öffentlichen Urkunde im Sinne des § 418 ZPO., konnte das OLG. ohne Irrtum zu dem Ergebnisse gelangen, daß bei Isidor P. im III. Quartal 1887 eine nach Art. 18 der GemO. den Verlust des Bürgerrechts herbeiführende Unterbrechung der Steuerveranlagung nicht eingetreten ist. Es liegt nicht im Sinne des Gesetzes, daß ein Bürger infolge eines Umsatzes in seinem Vermögen, durch den an die Stelle der bisherigen Grundlage seiner Steuerveranlagung eine andere tritt, das Bürgerrecht verliert, wenn sich die neue Veranlagung, wie es sich in solchen Fällen kaum vermeiden läßt, nicht unmittelbar an die Beendigung des der bisherigen zugrunde liegenden Verhältnisses anschließt. Der Zusammenhang, in dem die neue Steuerpflichtigkeit und die ihr entsprechende Veranlagung mit dem Verhältnisse steht, auf dem die durch die bisherige Veranlagung festgestellte Steuerpflichtigkeit beruhte, macht die neue Veranlagung zu einer Fortsetzung der bisherigen, wenn eine Unterbrechung von längerer Dauer nicht inmitte liegt. Bei der Beratung des Entwurfes der GemO. im Sozialgesetzgebungsausschusse der K. d. Abg. war angeregt worden, eine halbjährige Frist zu gewähren, der Gedanke wurde aber nicht weiter verfolgt (Verh. dieses Ausschusses 1867/69, II. Abt. S. 239, 240, 261, 262). In Ermangelung einer besonderen Bestimmung muß es genügen, wenn die neue Veranlagung innerhalb angemessener Frist erfolgt, so daß die Zwischenzeit nicht ein selbständiger Zustand, sondern nur ein Uebergang von der bisherigen zu der neuen Veranlagung ist. Ein selbstständiger Zwischenzustand ist insbesondere dann nicht anzunehmen, wenn die neue Veranlagung innerhalb des nämlichen Kalendervierteljahrs erfolgt, für das der Bürger noch in Gemäßheit der bisherigen Veranlagung steuerpflichtig geworden ist, so daß sie zur Zeit der Fälligkeit des ersten auf Grund der neuen Steuerpflichtigkeit geschuldeten Steuerbetrags schon besteht. Dies trifft hier zu. Isidor P. schuldete, als er sein Anwesen am 5. Juli 1887 verkaufte, die am 1. Juli fällig gewordene Haussteuer für das III. Quartal und wurde noch vor dessen Ablauf mit Kapitalrentensteuer veranlagt, deren erster Betrag am 1. Oktober fällig wurde, er war also zu Beginn des III. Quartals noch in Gemäßheit der bisherigen Veranlagung steuerpflichtig und zu Beginn des IV. Quartals schon auf Grund der neuen Steuerpflichtigkeit mit Steuer veranlagt. Auf seine Steuerpflichtigkeit für das III. Quartal ist es ohne Einfluß, welche Vereinbarung er mit dem Erwerber des Hauses Nr. 34 getroffen hat; der Eigentümer eines Hauses wird nicht dadurch steuerfrei, daß ein anderer die Entrichtung der von ihm geschuldeten Steuer übernimmt.

Die Prüfung des Urteils könnte insofern zu einem Bedenken Anlaß geben, als in der Bemerkung, die Rechtswirksamkeit der Erklärung der Beklagten vom 12. Juli 1904 brauche nicht mehr geprüft zu werden, der Ausdruck der Meinung gefunden werden könnte, das Berufungsgericht sei an die in seinem Urteile vom 13. Januar 1906 ausgesprochene Ansicht gebunden, weil das ObLG. in dem Urteile vom 4. Mai 1906 die Revisionsangriffe für unbegründet erklärt hat, die sich gegen die Feststellung richteten, daß die Beklagte mit ihrer damaligen Aeußerung nicht eine bindende Vertragserklärung abgegeben habe. Diese Meinung würde auf mißverständlicher Auslegung des § 565 Abs. 2 ZPO. beruhen, der das Berufungsgericht nur verpflichtet, seiner neuerlichen Entscheidung an Stelle der vom Revisionsgerichte für unrichtig erklärten rechtlichen Beurteilung die rechtliche Beurteilung zugrunde zu legen, die der Aufhebung des früheren Urteils zugrunde gelegt ist, ihm aber im übrigen volle Freiheit läßt. Die Bemerkung des Berufungsgerichts läßt sich aber auch in dem Sinne verstehen, daß es gegenüber der einfachen Wiederholung der früheren Ausführungen, deren Beurteilung in dem Urteile vom 13. Januar 1905 vom Revisionsgericht einwandfrei befunden wurde, einer nochmaligen Erörterung nicht bedürfe, ein nochmaliges Eingehen auf die Frage nicht deswegen abgelehnt werde, weil es rechtlich nicht statthaft sei, sondern deswegen, weil dazu angesichts der früheren Darlegungen kein Anlaß bestehe. So verstanden, ist die Bemerkung des Berufungsgerichts nicht zu beanstanden. (Urt. des I. ZS. vom 5. Juli 1907; Reg. I 41/1907).

1008 W.

B. Strafsachen.

Begriff der Wahrnehmung berechtigter Interessen. (§ 193 StGB.). L. S. hatte im Hause des Angeklagten in P. Räumlichkeiten zum Betriebe einer Kunstanstalt gemietet, in der er die 21jähr. Sch. als Buchhalterin und die 15jährige, damals noch feiertagsschulpflichtige G. B. als Lehrmädchen beschäftigte. Der Angeklagte hatte erfahren, daß L. S. beabsichtige, nach M. zu ziehen und die G. B. trotz des Widerspruchs ihrer Mutter mit sich dorthin zu nehmen und daß er mit seiner Buchhalterin Sch. geschlechtlichen Verkehr unterhielt. Als eines Tages G. B., die ständig im Hause des Angeklagten verkehrte, wieder einmal zu ihm kam, fragte er sie, ob sie wirklich mit L. S. nach M. ziehen wolle und äußerte auf ihre Antwort, daß sie noch nicht fest entschlossen sei, in warnendem Tone: „Ueberlegen Sie sich das ja. Sie sind noch feiertagsschulpflichtig; es ist ja schön, wenn Herr S. Ihnen eine Stelle besorgt; sollten Sie aber aus der Stelle kommen, dann stehen Sie da und müssen wieder zur Mutter heim. Gehen Sie nicht nach M., wenn Sie L. S. stehen läßt, was tun Sie dann? Es gibt in M. so viele stellenlose Mädchen, droben läßt Sie S. sitzen; das ist gerade soviel, als wenn Sie verkauft würden." L. S. erhob wegen dieser Aeußerung Privatklage. Der Angeklagte wurde aber freigesprochen. Die Berufung des S. wurde verworfen. Die Strafkammer erblickte in dem Sachverhalt an sich eine beleidigende Kundgebung im Sinne des § 185 StGB., nahm aber an: daß der Angeklagte sich nur zur Wahrnehmung berechtigter Interessen abfällig über den Privatkläger geäußert habe, um die kaum dem Kindesalter entwachsene, unerfahrene G. B. zum Gehorsam gegen ihre Mutter zu bestimmen und sie vor den Gefahren zu warnen, die ihr nach seiner Ueberzeugung drohten, wenn sie aufs Ungewisse hin mit einem in sittlicher Beziehung und im Verhalten einer Angestellten gegenüber nicht einwandfreien ledigen Manne in die Großstadt ziehe. Die Revision des Privatklägers wurde verworfen.

Gründe: Die Annahme des Berufungsgerichtes, daß der Angeklagte die Aeußerung, die für den Privatkläger beleidigend ist, zur Wahrnehmung berechtigter Interessen gemacht habe, läßt einen Rechtsirrtum nicht erkennen. Es ist allgemein anerkannt, daß auch die Wahrnehmung berechtigter Interessen Dritter den Schutz des § 193 StGB. genießt. Allerdings dürfen es nicht rein ethische Gründe allgemeiner Art sein, die den Täter veranlassen, fremde Interessen zu vertreten, es muß sich vielmehr um eine ihn selbst nahe angehende Angelegenheit handeln, in die er sich einmischt. Das ist aber hier festgestellt. Der Angeklagte wollte durch seine Aeußerung die G. B. bestimmen, von einem Vorhaben abzulassen, das nach seiner Ueberzeugung für ein unerfahrenes, junges Mädchen erhebliche Gefahren in sich barg; er wollte die Mutter der G. B. in dem pflichtmäßigen Bestreben unterstützen, ihr Kind vor Fehltritten zu bewahren. Die G. B. gegen Notlage

und Verführung zu schützen, hielt er nicht nur für ein allgemeines Gebot der Wohlanständigkeit, sondern für seine besondere Pflicht um deswillen, weil das Mädchen ständig in seinem Hause verkehrte und weil er von dem sittenwidrigen Verhalten des Privatklägers zu seiner Buchhalterin als Hausherr Kenntnis hatte. (Urt. vom 24. September 1907).

1077 v. H.

Oberlandesgericht München.

Zu § 11 Abs. 2 des Gesetzes betr. die G. m. b. H.

1. Ist die Klage aus § 11 Abs. 2 des Ges. betr. die G. m. b. H. eine abstrakte Klage oder kann die Klage nur mit dem zugrundeliegenden Rechtsverhältnisse begründet werden?

2. Gilt für diejenigen, die vor der Eintragung im Namen der Gesellschaft gehandelt haben, die Vorschrift des § 196 Abs. 2 BGB.?

3. Haften die „Handelnden“ für die Kosten eines gegen die nicht eingetragene Gesellschaft erwirkten Arrestes?

Aus den Gründen? 1. Die Klage behauptet, daß am 15. September 1902 eine Anzahl von Personen einen Gesellschaftsvertrag geschlossen habe, inhaltlich dessen unter der Firma „Kr., G. m. b. H.“ eine Gesellschaft m. b H. mit dem Sitze in D. errichtet und der Ingenieur L. als Geschäftsführer bestellt worden ist; daß aber diese Gesellschaft mangels Eintragung in das Handelsregister nie zur Entstehung gelangt ist, sowie daß von den Gründern der Gesellschaft die jetzt Beklagten und zwei weitere den L. zum Geschäftsbetrieb in München vor Eintragung der Gesellschaft im Handelsregister beauftragt haben und daß deshalb diese sieben Personen für alle Verbindlichkeiten aus den Handlungen haften, die im Namen der nie zur Eintragung gelangten Gesellschaft vorgenommen worden sind. Eine solche Handlung sei der Kaufvertrag gewesen, den L. im Namen der Gesellschaft m. b. H. am 16. September 1902 mit der Klägerin geschlossen habe. Die Klagspartei ist der Meinung, die Vorschrift des § 11 Abs. 2 des Ges. betr. die G. m. b. H. gewähre eine besondere abstrakte Klage; diese Anschauung ist unrichtig. Durch die Vorschrift sollen nur die Zweifel an der Klagbarkeit des ursprünglichen Rechtsgeschäfts gegen die sog. Gründer beseitigt und außerdem ihre Haftung als Gemeinschuldner festgesetzt werden, aus ihr kann nicht selbständig, sondern immer nur unter Berufung auf das zugrundeliegende besondere Rechtsverhältnis geklagt werden und die für dieses bestehenden gesetzlichen Vorschriften müssen dabei in jeder Richtung berücksichtigt werden. Ist dieses Rechtsgeschäft wie hier ein Kaufvertrag, so können gegen die Handelnden eben nur die Rechte und Ansprüche geltend gemacht werden, die nach dem BGB. für den Verkäufer gegen den Käufer zulässig sind, das ist zunächst der Anspruch auf Erfüllung, nämlich Zahlung des Kaufpreises.

2. Aus dem gleichen Grunde sind der Klage gegenüber auch die Einreden zulässig, die dem Käufer gegen den Verkäufer zustehen, also auch die Einrede der Verjährung, wie diese in §§ 196, 197 BGB näher geregelt ist. Die Klägerin ist Kaufmann: Nach § 196 Ziff. 1 BGB. verjährt daher ihre Forderung aus der Lieferung innerhalb zwei Jahren, wenn nicht die Leistung für den Gewerbebetrieb des Schuldners erfolgt ist. Schuldner sind hier die fünf Beklagten nur, wenn sie für die nicht eingetragene G. m. b. H. gehandelt haben. Angenommen, es läge ein solches Handeln vor, so wäre es doch kein Handeln für ihren Gewerbebetrieb. Dieser setzt einen Betrieb auf eigenen Namen, unter eigener Verantwortlichkeit, auf eigene Rechnung voraus. Nach der Klagsbehauptung hat aber L. bei Abschluß des Kaufvertrages mit der Klägerin nicht als Vertreter der Beklagten und im Namen der allerdings noch nicht eingetragenen G. m. b. H. kontrahiert, er war nach dem Vortrage der Klage von den Beklagten nur zum Geschäftsbeginn für die G. m. b. H. beauftragt. Hat aber L. nur im Namen der G. m. b. H. gehandelt, so kann hierin die Betätigung eines Gewerbebetriebs durch die Beklagten nicht erblickt werden; sie waren nur Mitglieder der errichteten, aber noch nicht eingetragenen G. m. b. H. Diese Mitgliedereigenschaft machte sie nicht zu Gewerbetreibenden. Es ist aber auch verfehlt, zu sagen, Schuldner des Kaufpreises sei diejenige Gelegenheitsgesellschaft gewesen, aus der die G. m. b. H. hervorgehen sollte und mit der Eintragung hervorgegangen wäre; diese Gelegenheitsgesellschaft sei ebenso wie die G. m. b. H. selbst als Einnahmequelle gedacht gewesen, sie habe die Waren zur Verwirklichung dieses Zweckes, mithin für ihren Gewerbebetrieb, gekauft und deshalb laufe gegen die in Anspruch genommenen Gesellschafter nur die vierjährige Verjährungsfrist. Solange die G. m. b. H. im Handelsregister nicht eingetragen ist, haften die Gesellschafter persönlich aus Handlungen des aufgestellten Geschäftsführers nur, soweit sie ihn ermächtigt haben, sie Dritten gegenüber zu vertreten; im übrigen ist ihre Haftung auf den Betrag beschränkt, mit dem sie sich in Form der Stammeinlage an der G. m. b. H. beteiligen. Die angebliche Gelegenheitsgesellschaft ist auch nicht auf den Abschluß von Einzelgeschäften zum Zwecke des Gewerbebetriebes gerichtet gewesen, ihr Zweck war nur die Herbeiführung des rechtlichen Daseins der beabsichtigten G. m. b. H. Daß hierin aber kein Gewerbebetrieb liegt, ist klar.

Die vierjährige Verjährungsfrist kann aber auch nicht durch den Hinweis darauf begründet werden, daß für die aus § 11 Abs. 2 des Ges. betr. die G. m. b. H. Haftenden keine kürzere Verjährung eintreten kann, als für die G. m. b. H., wenn diese zur Entstehung gelangt wäre. Die Frage, ob zwei- oder vierjährige Frist für die Verjährung läuft, richtet sich eben nur nach der Tatsache, ob die Lieferung für den Gewerbebetrieb des Schuldners erfolgt ist oder nicht. § 11 Abs. 2 l. c. trifft keine Bestimmung dahin, daß die Handelnden so haften, als wenn sie Gewerbetreibende wären. Diese Bestimmung setzt vielmehr nur eine Zivilstrafe gegen die Handelnden zum Schutze derjenigen fest, die mit den namens der G. m. b. H. Handelnden sich auf ein Vertragsverhältnis einlassen, dahin, daß sie auf Erfüllung des Rechtsgeschäfts in Anspruch genommen werden können, also hier den Kaufpreis zahlen müssen. Gilt der Kaufvertrag für sie nicht als in ihrem Gewerbebetrieb abgeschlossen, so läuft für sie die zweijährige Verjährungsfrist. Es kann zweifellos die Lieferung für ein Gewerbe erfolgen, das ein anderer als der Schuldner betreibt; es läuft aber nach der klaren und unzweideutigen Vorschrift des Gesetzes nicht deshalb gegen den Schuldner, für dessen Gewerbebetrieb die Lieferung nicht erfolgt, die vierjährige Verjährungsfrist sondern nur die zweijährige.

3. Für den Anspruch auf Ersatz der durch die Erwirkung des Arrestes gegen die G. m. b. H. der Klagspartei erwachsenen Kosten fehlt es an jeder genügenden tatsächlichen und rechtlichen Begründung. Der § 11 Abs. 2 des Ges. betr. die G. m. b. H. schafft nicht die Haftung der Handelnden für allen Schaden, der dem Gegenkontrahenten zugegangen ist, sondern nur die Verpflichtung, den Vertrag zu erfüllen oder wegen „Nichterfüllung“ Schadensersatz zu leisten, wofür die Vorschriften des BGB. maßgebend sind. Waren die Beklagten als Handelnde gemäß § 11 Abs. 2 für den Kaufschilling als Gesamtschuldner haftbar, so könnte die Klägerin sie nach Mahnung hierfür in

Anspruch nehmen. Daß in ihrer Person die für die Erlassung eines Arrestes in § 917 ZPO. festgesetzten Voraussetzungen gegeben gewesen sind, behauptet die Klägerin selbst nicht. (Urt. des IV. ZS. vom 29. Oktober 1907, BerReg. 526/07).

1090 Mitgeteilt von Rechtsanwalt Dr. Benno Meyer in München.

Literatur.

Gesetz und Recht. Volkstümliche Zeitschrift für Rechtskunde. Herausgegeben von Bernhard von Kamptz, Verwaltungsgerichtsrat in Berlin. Verlag von Alfred Langewort in Breslau. Vierteljährlich Mk. 1.50.

Die Zeitschrift, die am 1. Oktober 1906 in das 8. Lebensjahr eingetreten ist, verfolgt den Zweck, in weiteren Kreisen Rechtskenntnisse zu vermitteln. Ein sehr verdienstvolles Unternehmen! Wie oft ist schon über die Unwissenheit und Unbeholfenheit der Laien in Rechtssachen, vor allem aber im bürgerlichen Rechte, geklagt worden! Sie trägt einen großen Teil der Schuld an den unberechtigten, maßlosen Angriffen auf die Rechtsprechung. Möge die Zeitschrift, die freilich nach ihrer Anlage mehr auf das gebildete Publikum als auf die Massen wirken wird, einen möglichst großen Leserkreis finden. Ihr Inhalt ist sehr gediegen. von der Pfordten.

Gutmann, Dr. Fritz, Amtsrichter in Dresden. Das Handelsgesetzbuch (ohne Seerecht) nebst dem EG. erläutert durch die Rechtsprechung. Bd. 194 der von Senatspräsident Max Hallbauer und Ministerialdirektor Dr. W. Schelcher herausgegebenen Juristischen Handbibliothek. Leipzig 1907, Roßbergsche Verlagsbuchhandlung (Arthur Roßberg). Gebd. Mk. 4.80.

Die Handausgabe ist der bekannten Warneyerschen Ausgabe zum BGB. nachgebildet.

1. **Thiesing, Dr. Adolf,** Amtsrichter in Burgdorf. Die Wirkungen nichtiger Ehen. München 1907, C. H. Becksche Verlagsbuchhandlung (Oskar Beck). (Bd. XVI Heft 1 der Abh. zum Privatrecht und Zivilprozeß des Deutschen Reichs, herausgegeben von Professor Dr. Otto Fischer in Breslau). Geh. Mk. 12.—.
2. **Müller, Dr. Wilhelm, A.,** Gerichtsassessor in Halle a. S. Die Wirksamkeit des Pfändungspfandrechts. Berlin 1907, Verlag von Franz Vahlen. Geh. Mk. 4.20; gebd. Mk. 5.20.
3. **Poetsch, Dr. iur.,** Gerichtsreferendar in Bonn a. Rh. Die subsidiäre Haftung für fremde Geldstrafen nach deutschem Reichs- und preußischem Recht. Berlin 1907, Verlag von Hermann Bahr. Geh. Mk. 4.—.
4. **Poerschel, Oskar,** Gerichtssekretär in Meißen. Das Kostenfestsetzungsverfahren. Nach der Rechtsprechung des RG. und der deutschen OLG. für die Praxis dargestellt. Königshütte O.-S. 1907, Verlag von Karl Vater. Gebd. Mk. 3.—.
5. **Buff, Dr. Siegfried.** Der gegenwärtige Stand und die Zukunft des Scheckverkehrs in Deutschland. München 1907, Ernst Reinhardt, Verlagsbuchhandlung. Geh. Mk. 2.50.
6. **Isay, Dr. iur. Ernst,** Trier. Die Staatsangehörigkeit der juristischen Personen. Tübingen 1907, Verlag von J. C. B. Mohr (Paul Siebeck). (Bd. III Heft 2 der Abh. a. d. Staats-, Verwaltungs- und Völkerrecht, herausgegeben von Dr. Philipp Zorn und Dr. Fritz Stier-Somlo, Universitätsprofessoren in Bonn a. Rh.). Geh. Mk. 6.
7. **Peters, Dr. Waldemar,** Gerichtsassessor. Der schottische Rechtskörper in Vergangenheit und Gegenwart. Berlin 1907, Verlag von Franz Vahlen. Geh. Mk. 3.60.

Wegen Mangels an Raum müssen wir uns darauf beschränken, auf die hier angeführten Monographien aufmerksam zu machen.

Notizen.

Die Vorschriften über die Unterbrechung der Verjährung der Strafverfolgung und der Strafvollstreckung waren bisher im § 78 der Bek. vom 20. August 1879 (JMBl. 1879 Bd. I S. 33) und in einer autographierten Entschließung des Staatsministeriums der Justiz vom 18. März 1900 Nr. 7176 enthalten. Nunmehr ist an die mit der Strafverfolgung und dem Strafvollzuge betrauten Behörden eine neue autographierte Entschließung des Ministeriums vom 5. November 1907 Nr. 42350 ergangen. Die früheren Anordnungen werden durch sie nahezu völlig aufgehoben; aufrecht erhalten bleibt nur der Abschnitt C der Entschließung vom 18. März 1900, der Vorschriften für die formelle Geschäftsbehandlung gibt. Die neuen Vorschriften überlassen die Entscheidung der Frage, ob die Unterbrechung der Verjährung herbeigeführt werden und wie oft und durch welche Maßnahmen das geschehen soll, im wesentlichen dem pflichtmäßigen Ermessen der Vollzugsbehörden.

Die Verjährung der Strafverfolgung soll nur ausnahmsweise und zwar dann unterbrochen werden, wenn ein öffentliches Interesse an der Verfolgung der strafbaren Handlung auch nach Ablauf eines längeren Zeitraums noch besteht. Hiernach ist insbesondere auf die Schwere der Tat, ihre Folgen usw. Rücksicht zu nehmen; es ist aber auch zu prüfen, ob die zur Ueberführung des Beschuldigten nötigen Beweise noch ungeschmälert zu Gebote stehen und ob von der Durchführung des Verfahrens Erfolg zu erwarten ist. Ist das unwahrscheinlich, so sollen dem Beschuldigten die oft unverhältnismäßig großen Nachteile erspart bleiben, die mit der Verfolgung einer schon weiter zurückliegenden Verfehlung verbunden sind, und von der Unterbrechung der Verjährung soll deshalb abgesehen werden.

Hat die Strafvollzugsbehörde Maßregeln getroffen, um den Vollzug einer rechtskräftig ausgesprochenen Strafe zu sichern, so ist dadurch die Verjährung der Vollstreckung in der Regel schon unterbrochen und es sollen Handlungen, die nur auf die Unterbrechung abzielen, nur dann vorgenommen werden, wenn es die Strafverfolgungsbehörde im öffentlichen Interesse für geboten erachtet.

Die Einrichtung der Verjährung ist vom Gesetzgeber aus wohlerwogenen Gründen geschaffen worden. Es liegt deshalb nicht im Geiste des Gesetzes, daß ihre Verwirklichung ohne dringenden Grund hintangehalten wird. Anderseits wäre es auch nicht zu wünschen, daß strafbare Handlungen nur um deswillen ungesühnt bleiben, weil es die Behörden an der erforderlichen Entschiedenheit und Aufmerksamkeit fehlen lassen. Die Aufgabe der mit dem Vollzuge des Gesetzes betrauten Stellen ist es hiernach, den richtigen Mittelweg zu finden. Die neuen Vorschriften lassen ihnen hierbei den weitesten Spielraum.

Verantwortl. Herausgeber: Th. von der Pfordten, K. Landgerichtsrat, verw. im Staatsministerium d. Justiz.

Eigentum von J. Schweitzer Verlag (Arthur Sellier) in München.
Druck von Dr. Franz Paul Datterer & Cie., G. m. b. H., Freising.